

## 和仏法律学校講義録

著者	若槻 禮次郎, 遠藤 忠次, 兩角 ？六, 寺尾 亨, 前田 孝階
出版者	和佛法律學校
巻	1
号	号外の7
ページ	1-195
発行年	1900-07-30
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10114/4638">http://hdl.handle.net/10114/4638</a>



# 和佛清學報

## 講義錄

### 第一卷

每月貳回

號外之七

#### 目次

相續紙及目次	法(自三八三至三八七外)	法學士若槻禮次郎
強制紙及目次	行(自二一三至二一七外)	法學士遠藤忠次
民法紙及目次	債權(自一至七外)	法學士兩角達六
國際私法	(自四一六至四一六頁)	法學博士寺尾亨
民事訴訟法總則	(自二一三至二一六頁)	法律學士前田孝階

0 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 1 2 3 4 5 6 7 8 9 20 1 2 3



090  
1899  
1-2-7

相續人カ多數ナル場合ニ於テ其中ニ被相續人ヨリ遺贈又ハ贈與ヲ受ケタル者アルトキハ第四百四十六條ハ第七條第八條ヲ準用スヘキモノト定メタルカ故ニ一應算出シタル遺留分ノ中ヨリ其遺贈又ハ贈與ノ價額ヲ控除シタルモノヲ以テ其者ノ遺留分ト爲スヘシ若シ其遺贈又ハ贈與ノ價額カ一應算出シタル遺留分ノ價額ト等シキカ又ハ之ヲ超ユルトキハ其者ハ遺留分ヲ受クルコト能ハサルモノトス

### 第三 遺贈又ハ贈與ノ減殺

#### 一 減殺ノ權利

相續人ヲシテ必ス一定ノ割合ノ財産ヲ得セシメンカ爲メ遺留分ナルモノヲ規定シタル以上ハ被相續人ノ爲シタル遺贈又ハ贈與ニシテ此遺留分ノ範圍ヲ侵ストキハ之ヲ減殺スルコトヲ得ルニアラサレハ法律ノ目的ハ之ヲ達スルコト能ハス故ニ第四百三十四條遺留分權利者及ヒ其承繼人ハ遺留分ヲ保全スルニ必要ナル限度ニ於テ遺贈及ヒ贈與ヲ減殺スルヲ得ルコトヲ規定シタリ同條ノ規定ニ依レハ遺贈又ハ贈與ノ減殺ニ關シテハ大體左ノ事項ヲ認メサルヘカラ

相續法

ス。減殺ハ請求ヲ爲スコトヲ得ル者ハ遺留分債権者及ヒ其承繼人ナリ。故モ相續債権者ハ遺贈又ハ贈與ノ減殺ヲ請求スルコトヲ得ス。外國ノ立法例ニ於テハ相續債権者等ハ減殺ヲ請求シ又ハ之ヲ利スルコトヲ得スト。則言スルモノアリト雖モ我民法ハ之ヲ明記セサルカ故ニ請求ハ之ヲ爲スコト能ハサルモ請求ノ結果ハ之ヲ利スルコトヲ得ルカ如シト雖モ減殺ノ目的ハ相續人ヲシテ遺留分ヲ得セシムルニ在リテ相續債権者ヲ利スルニ在ラサルカ故ニ遺贈又ハ贈與ノ減殺ハ其性質トシテ相續債権者ヲ利スルモノニアラス。

相續人ノ債権者ハ減殺ヲ請求スルコトヲ得ルヤ。減殺請求權ハ承繼人ヨリ移轉スル權利ニシテ相續人ノ一身ニ專屬スルモノニアラサルカ故ニ相續人ノ債権者ハ第四百二十三條ニ依リ相續人ノ有スル此權利ヲ行フコトヲ得ルモノナリ。而シテ相續債権者ト雖モ相續人カ單純承認ヲ爲シ減殺ニ因リテ得タル利益ニ付テ之ヲ利スルコトヲ得ルニ至リタルトキハ第四百二十三條ニ依リ此權利ヲ行フコトヲ得ルモノトス。

(ロ) 減殺ハ遺留分ヲ保存スルニ必要ナル限度ニ於テノミ之ヲ請求スルコトヲ得ルモノナリ。故ニ相續財産ニシテ遺留分ニ相當スル額以上ノ價額アルトキハ其後其價額ニ減少ヲ生スルモ遺贈又ハ贈與ノ減殺ヲ請求スルモノト能ハス。加之條件附權利又ハ存續期間ノ不確定ナル權利ヲ以テ遺贈又ハ贈與ノ目的ト爲シタル場合ニ於テ其一部ヲ減殺スヘキトキハ遺留分債権者ハ鑑定人ノ評價セタル價格ニ從ヒ殘額ヲ受贈者又ハ受遺者ニ給付セサルヘカラス。

(二) 減殺ハ遺留分ノ計算ニ加ヘタル遺贈又ハ贈與ノミニ付テ之ヲ行フモノナリ。遺贈ノ價額ハ相續財産中ニ包含セラルルヲ以テ遺贈ハ常ニ之ヲ減殺スルコトヲ得ルモノナリト雖モ贈與ハ一年內ニ爲シタルモノ及ヒ當事者ノ惡意ヲ以テ爲シタルモノノ外ハ之ヲ算入セサルヲ以テ減殺モ亦此二者ニ限ルモノナリ。相續人數人アルトキ其一人カ被相續人ヨリ贈與ヲ受ケタル場合ト雖モ仍ホ此範圍ニ止マルモノトス。

(三) 減殺ハ必ス請求セサルヘカラス。減殺ハ當然生スルモノニアラス。必ス之ヲ請求セサルヘカラス。故ニ遺贈又ハ贈與カ遺留分ヲ害スル場合ト雖モ遺留分

權利者カ減殺ヲ請求セザレハ減殺ナルコトハ生ゼサルモノトス

## 二 減殺ノ順序

遺贈又ハ贈與ニシテ遺留分ヲ侵ストキハ之ヲ減殺スルコトヲ得ルモノトセハ同時ニ按分比例ヲ以テ之ヲ減殺スヘキモノナルヲ將タ順次ニ之ヲ減殺スヘキモノナルヤ此問題ノ遺贈ト贈與トニ依リテ其解決ヲ同シウセス

(イ) 遺贈贈與ノ併存スルトキ 贈與ハ當事者ノ契約ニ因リ成ルモノニシテ當事者ノ意思ノ合致ト共ニ法律關係ハ確定シ爾後贈與者ハ其贈與シタル權利ノ關係ヲ失ヒ受贈者ハ自由ニ之ヲ處分スルコトヲ得ルモノナリ故ニ贈與物ハ贈與者ノ死亡ノ時ニ於テハ受贈者カ他ニ讓渡シ又ハ自ラ消費シテ既ニ其手ニ在ラサルコト勘カラス故ニ之ヲ減殺スルトキハ受贈者ハ新ニ一ノ義務ヲ課セラルルト同一ノ苦痛ヲ感スルコトアリ遺贈ト雖モ減殺ニ逢ヒタル者ハ其利益ヲ減セラルルハ勿論ナリト雖モ遺贈ハ遺言者ノ死亡ノ時ニ於テ效力ヲ生スルカ故ニ遺留分ノ保全ノ爲メ減殺ヲ請求セラルルトキハ多クハ遺贈ノ目的物ハ未タ受遺者ノ手ニ渡ラサルトキ又ハ既ニ其手ニ渡ルモ尙ホ其手ニ存スルトキナリ

故ニ減殺ニ逢ヒテ感スル苦痛ハ受贈者ノ如ク甚シカラス且單ニ苦痛ノ點ノミナラス遺言者ノ生前既ニ效力ノ確定シタルモノト其死亡ノ時始メテ效力ノ確定スルモノトノ間ニ於テハ前者ノ維持ニ力ムヘキハ當然ナルヲ以テ遺贈ト贈與トノ間ニ於テハ先ツ遺贈ヲ減殺シ之ヲ盡シタル後ニアラサレハ贈與ヲ減殺スルコト能ハサルモノナリ

(ロ) 多クノ遺贈併存スルトキ 遺贈ハ其遺言ノ時ニハ前後アルヘシト雖モ其效力ヲ生スル時期ハ同一ナルヲ以テ減殺ヲ爲スニ付キ彼此ノ間ニ差等ヲ設クヘキニアラス故ニ其目的ノ價額ニ應シ按分シテ之ヲ減殺スヘキモノナリ但遺言者ハ自由ニ遺言ヲ爲シ又ハ之ヲ取消スコトヲ得ルモノナルカ故ニ減殺ノ方法モ亦遺言ヲ以テ自由ニ之ヲ定ムルコトヲ得セシムルハ當然ナリ故ニ遺言者カ別段ノ意思ヲ表示シタルトキハ之ニ從ハサルヘカラス

(ハ) 多クノ贈與併存スルトキ 贈與ハ遺贈ト異ナリ當事者ノ契約ト同時ニ直チニ其效力ヲ生スルカ故ニ各贈與ハ其效力ヲ生スル時期ヲ異ニス而シテ贈與カ遺留分ヲ害スト言ハハ後ニ出テタル贈與ハ益々遺留分ヲ侵害シタルモノト謂

ハサルヘカラサルヲ以テ減殺ハ先ツ後ノ贈與ヨリ始メ順次遺留分ヲ得ルニ至ルマテ前ノ贈與ニ及フヘキモノナリ

### 三 贈與ノ減殺ニ特別ナル規定

(イ) 受贈者ハ減殺ノ請求アリタル日以後返還スヘキ財産ノ果實ヲモ返還スルノ義務アリ 減殺ハ當然生スルモノニアラスシテ請求ヲ待チテ始メテ生スルモノナリ然レトモ荷モ請求アレハ受遺者ハ必ス返還ヲ爲ササルヘカラス故ニ事實未タ返還ヲ爲ササルモ返還ヲ爲スヘキ時即チ減殺ノ請求アリシ日以後ハ返還スヘキ財産ヨリ生スル果實ハ之ヲ遺留權利者ニ返還セサルヘカラス

(ロ) 減殺ノ受クヘキ受贈者ノ無資力ニ因リテ生シタル損失ハ遺留分權利者ノ負擔ニ歸ス 遺留分權利者ニシテ贈與ヲ減殺スルコトヲ得セシムルハ之ニ依リテ遺留分ヲ得セシムルニ在ルヲ以テ受贈者カ無資力ナル爲メ減殺ノ利益ヲ受クルコト能ハサルトキハ更ニ他ノ贈與ヲ減殺シテ終ニ遺留分ヲ得ルニ至ラシムルコト當然ナリト謂ハサルヘカラス然ルニ法律ハ受贈者ノ無資力ヨリ生スル損失ハ遺留分權利者ニ於テ之ヲ負擔スヘキモノト爲セタリ故ニ贈與ニ對シ

テハ遺留分權利者ハ減殺ノ權利ヲ有スルヲ以テ満足セサルヘカラス場合ニ依リテハ事實減殺ノ利益ヲ受クルコト能ハサルモノナリ若シ舊民法又ハ佛民法等ノ如ク法律カ遺言者ノ處分ヲ爲スコトヲ得ル財産ノ方面ヨリ規定ヲ設ケタリトセハ予ハ第四百四十條ヲ以テ相當ノ規定ト爲ス者ナリト雖モ相續人カ遺留分ヲ受クヘキ方面ヨリ規定シタル新民法ニ於テ受贈者ノ無資力ヨリ生シタル損失ヲ以テ遺留分權利者ノ負擔ト爲シタルハ予ハ其意ノ在ル所ヲ知ルニ苦ムナリ

(一) 負擔附贈與ヲ減殺スルトキハ其目的ノ價額中ヨリ負擔ノ價額ヲ控除シタルモノニ付キ減殺ヲ爲スコトヲ要ス 負擔附贈與ノ贈與タル所以ハ贈與ノ目的ノ價額ト其負擔ノ價額トノ差カ受贈者ノ利益ト爲ルヲ以テナリ故ニ負擔附贈與ヲ減殺セリトセル此差額ニ付テ之ヲ爲ササルヘカラス第四百五條ニ負擔附遺贈ニ付キ減殺アリタルトキハ負擔モ亦其割合ニ應シテ免ルルコトヲ定メタル以上ハ贈與ニ付キ第四百四十一條ノ規定アルハ當然ナリ

(二) 不相當ノ對價ヲ以テ爲シタル有價行爲ハ當事者雙方ニ惡意アルトキハ之ヲ贈與ト看做ス 贈與ハ遺留分ヲ害スルトキハ減殺ニ達フコトアルヲ以テ當

事者ハ有價行爲ヲ裝フテ此結果ヲ免レント謀ルコトナキニアラス即チ不相當ノ對價ヲ以テ權利ノ讓渡ヲ爲シ以テ一方ニ於テハ對手ヲシテ贈與ノ利益ヲ受クシメ他ノ一方ニ於テハ之ヲシテ減殺ノ不利益ヲ避クシメントスルコトアリ若シ此ノ如キ場合ニ於テ有價行爲ナルカ故ニ減殺ヲ爲スコト能ハストセハ贈與ハ皆此假裝ノ下ニ減殺ヲ免ルルニ至ルヘシ故ニ法律ハ之ヲ以テ贈與ト同視シ同シク減殺ヲ受クヘキモノトセリ然レトモ總テ不相當ノ對價ヲ以テシタルモノハ皆贈與ト爲ストキハ當事者ノ權利ハ甚シク毀損セラルヘキカ故ニ法律ノ見テ以テ贈與ト爲ス所ノモノハ當事者雙方カ遺留分權利者ハ損害ヲ加フルコトヲ知リテ爲シタルモノニ限ルモノトス而シテ當事者ニ此惡意アリシコトハ遺留分權利者ニ於テ之ヲ證明セサルヘカラス

遺留分權利者カ不相當ノ對價ヲ以テ爲シタル有價行爲ノ減殺ヲ請求スルトキハ其對價ヲ償還セサルヘカラス是レ當然ナリ何トナレハ若シ之ヲ償還セサルトキハ當事者ハ授受シタル利益以上ヲ取ルコトト爲ルヘクレハナリ

(二) 受贈者カ贈與ノ目的ヲ他人ニ讓渡シタルトキハ其價額ヲ辨償スルコトヲ

要ス 贈與ノ目的ハ受贈者ノ手ニ在ルトキハ遺留分權利者ハ現物ニテ返還ヲ得ルコトヲ得ト雖モ既ニ他人ニ讓渡サレタルトキハ其價額ノ辨償ヲ受クヘキモノニシテ讓受人ニ對シテ現物ノ減殺ヲ請求スルコト能ハサルナリ故ニ此ノ如キ場合ニ於テ受贈者無資力ト爲リタルトキハ其損失ハ遺留分權利者之ヲ負擔スヘキモノナリ此ノ如キハ遺留分權利者ノ保護甚タ厚カラサルカ如シト雖モ受贈者以外ノ者カ減殺ヲ請求セラルヘキモノトセル法律關係ノ安固ナラシメ取引ノ阻礙ト爲ルヘキヲ以テ之ニ追及セシメサルヲ可ナリト爲シタルナリ然レトモ是レ第三者タル讓受人ヲ保護スルカ爲メニ出ツルモノニシテ若シ讓受人ニシテ保護ヲ受クルノ價值ナキトキハ之ニ追及セシメテ可ナリ讓受人カ讓渡シ當時遺留分權利者ニ損害ヲ加フルコトヲ知リテ之ヲ讓受クタルトキハ惡意アルモノト謂ハサルヘカラス惡意アルモノニ對シテハ法律ノ保護ハ之ヲ善意者ト同一ニスルノ必要ナク却テ此場合ニ於テハ遺留分權利者ヲ保護セサルヘカラサルカ故ニ法律ハ此ノ如キ者ニ對シテハ遺留分權利者ヲシテ現物ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ルモノト爲シタリ

受贈者カ贈與ノ目的ノ上ニ物件ヲ設定シタル場合ニ於テモ亦其物件ハ贈與ノ減殺ノ爲メニ影響ヲ受ケス受贈者ハ其物件ノ價額ヲ辨償スヘキモノナリ但權利者カ權利取得ノ當時遺留分權利者ニ損害ヲ與フルコトヲ知リタルトキハ遺留分權利者ハ其物權ノ全部又ハ一部消滅ヲ請求スルコトヲ得ルモノナリ

#### 四 減殺ノ請求ヲ受ケタル者ノ權利

受贈者及ヒ受遺者ハ減殺ヲ受ケヘキ限度ニ於テ贈與又ハ遺贈ノ價額ヲ遺留分權利者ニ辨償シテ返還ノ義務ヲ免ルルコトヲ得ルモノトス蓋シ遺留分ナル規定ハ相續人ヲシテ相當ノ財産ヲ得セシムルニ在リテ必スシモ被相續人ノ有レタル財産ヲ得セシメサルヘカラサルニアラス故ニ其價額ノ辨償ヲ得セシムレハ其保護ハ之ヲ盡シタルモノト謂ハサルヘカラス而シテ受贈者又ハ受遺者ハ贈與又ハ遺贈ノ目的ヲ保持スルコト利益ヲ有スルコトアルヘキヲ以テ一方ニ於テハ其者ノ利益モ亦之ヲ保護セサルヘカラス是レ第四百四十四條カ價額ヲ辨償シテ現物返還ノ義務ヲ免ルルコトヲ得セシメタル所以ナリ

第四百四十四條第二項ニ依レハ贈與ノ目的ヲ讓受ケタル者カ減殺ヲ請求セラ

ルヘキ場合ニ於テモ價額ヲ辨償シテ返還ノ義務ヲ免ルルコトヲ得ヘキハ明カナリ贈與ノ目的ノ上ニ物權ヲ取得シタル者カ減殺ヲ請求セラレタル場合ニ於テモ仍ホ此權利ヲ有スヘキヤ法律ハ受贈者受遺者及ヒ讓受人ニノミ此權利アルコトヲ明言シテ物權取得者ニ付テハ之ヲ明言セス然レトモ物權取得者カ減殺ヲ請求セラルルハ全ク讓受人カ之ヲ請求セラルルト同一要件ニ從フヘキモノナルカ故ニ法律ノ趣意ハ物權取得者ニモ價額ヲ辨償シテ減殺ヲ免ルルコトヲ得ルノ權利アルコトヲ認ムルニ在ルハ疑ヲ容レサル所ナリ

#### 五 減殺請求權ノ時效

減殺ノ請求權ハ遺留分權利者カ相續ノ開始及ヒ減殺スル贈與又ハ遺贈アリタルコトヲ知リタル時ヨリ一年間之ヲ行ハサルトキハ時效ニ因リテ消滅ス加之相續開始ノ時ヨリ十年ヲ經過シタルトキハ遺留分權利者カ相續ノ開始及ヒ贈與遺贈ノ存スルコトヲ知ラスト雖モ減殺請求權ハ時效ニ因リテ消滅スルモノナリ

### 相續 法 終



相續法目次

緒言

第一章 家督相續

第一節 總則.....一〇

第二節 家督相續人.....三〇

第三節 家督相續ノ效力.....一〇七

第二章 遺產相續

第一節 總則.....一二六

第二節 遺產相續人.....一二八

第三節 遺產相續ノ效力.....一三四

第一款 總則.....一三五

第二款 相續分.....一三九

第三款 遺產ノ分割.....一八二



第三章 相續ノ承認及ヒ拋棄	二〇六
第一節 總則	二〇六
第二節 承認	二一〇
第一款 單純承認	二一〇
第二款 限定承認	二四五
第三節 拋棄	二七六
第四章 財産ノ分離	二八一
第五章 相續人ノ曠缺	二九一
第六章 遺言	二九六
第一節 總則	二九九
第二節 遺言ノ方式	三一一
第一款 普通方式	三一一
第二款 特別方式	三二〇
第三節 遺言ノ效力	三二一

第一款 總則	三二一
第二款 遺贈	三二三
第四節 遺言ノ執行	三四一
第五節 遺言ノ取消	三六〇
第七章 遺留分	三六八

# 相續法目次終

又經令連ニ異議ノ申立ヲ爲シタリトスルモ未タ裁判ヲ受クルニ至ラサル間ニ  
既ニ競賣ノ終局ヲ告ケ爲メニ其異議者ニ回復スルコト能ハサル損害ヲ被ラシ  
ムルノ虞アルノミナラス右期間ヲ存スルトキハ債務者カ其期間内ニ任意ノ辦  
濟ヲ爲シ競賣ノ必要ナキニ至ルコトナシトセザレハナリ但差押債務者執行力  
アル正本ニ因リ配當ヲ要求スル債權者及ヒ債務者カ右期間ノ經過ヲ待タスシ  
テ競賣ヲ早ク爲サンコトヲ合意シタルトキハ此限ニ在ラス何トナレハ此場合  
ニ於テハ利害關係人ノ異議ヲ生スルノ恐ナク隨テ前述期間ヲ存スヘキ理由消  
滅スルニ至レハナリ又若シ差押物ヲ永ク貯藏スルニ付キ不相應ノ費用ヲ要ス  
ルカ又ハ著シク價格ヲ減スルノ恐アルトキハ速ニ競賣スルヲ以テ債權者債務  
者雙方ノ利益ト爲スカ故ニ亦差押以後七日ヲ過キサル以前ニ於テ競賣ヲ爲ス  
コトヲ得ルモノトス(第五七五條)

執達吏カ適當ナル時期ニ競賣ヲ爲スコトヲ怠リタルトキハ利害關係人ハ一定  
ノ期間内ニ競賣スヘキコトヲ催告スルコトヲ得其催告ヲ爲スモ猶ホ競賣ヲ爲  
ササルトキハ更ニ執行裁判所ニ申請シテ執達吏ニ對シ相當ノ命令ヲ下サシム

ルコトヲ得ルモノトス(第五八八條)

右ノ如ク差押ヨリ競賣ニ至ルマデニハ通例或期間ヲ存スルヲ以テ其期間内差押物件ヲ保存スルノ必要アリ而シテ其保存ニ付キ或處置ヲ施スコトヲ必要ト認ムルトキハ執達吏ハ適當ノ方法ニ依リテ之ヲ保存セサルヘカラス是レ固ヨリ債權者ノ利益ニ歸スヘキモノナルカ故ニ之ヲ爲メニ費用ヲ要スルトキハ債權者ヲシテ其費用ヲ豫納セシムルコトヲ得ヘシ若シ債權者數名アルトキハ各要求額ノ割合ニ應シテ之ヲ豫納セシムヘキモノトス(第五七一條)

競賣ノ場所ハ第五百七十六條ノ規定スル所ナリ即チ原則トシテハ差押ヲ爲シタル市町村ヲ以テ競賣ノ場所トスレトモ是レ畢竟法律カ一應便宜ニ適スルモノト認メ指定シタルニ過キサルカ故ニ差押債權者及ヒ債務者ノ合意アルトキハ他ノ場所ニ於テ之ヲ爲スコトヲ妨クス(第五七六條第一項)

右競賣ノ日時及ヒ場所ハ競賣スヘキ物ト共ニ之ヲ公告スヘク(第五七六條第二項)尙キ執達吏ハ差押並ニ競賣ニ付テハ調書ヲ作ルヘキモノトス(第五四〇條執達吏職務細則第七三條)

## 第二 競落

競落ハ最高價額ヲ三回呼上ケタル後之ヲ爲スモノトス(第五七七條第一項)此競賣ヲ爲スヘキ職務ヲ有スル執達吏ハ競落人ト爲ルコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ別ニ規定ナキモ其官吏タルノ性質上職務ノ執行トシテ競賣ヲ爲スニ當リテ自己ノ利益ノ爲メニ競買スルコトヲ得サルハ言フヲ疑タサルヘシ

競落物ノ引渡ハ代金ト引換ニアラサレハ之ヲ爲スコトヲ得ス(第五七七條第二項)茲ニ問題ト爲ルハ競落ハ直チニ競賣物件ノ所有權移轉ノ效力ヲ生スルヤ否ヤ是ナリ或ハ曰ク競落物ハ代金ト引換ニアラサレハ引渡ヲ受クルコト能ハサルカ故ニ競落ヲ爲シタルノミヲ以テハ直チニ其所有權ノ移轉ヲ來スモノニアラスト此議論ハ法理上其當ヲ得サル說ナレトモ若シ競落人カ豫定ノ期日又ハ競賣期日ノ終ル前ニ代金ノ支拂ヲ爲ササルトキハ第五百七十七條第三項ノ規定ニ從ヒテ再競賣ヲ爲ササルヘカラス而シテ此再競賣ノ場合ニハ前競賣人ハ競買ニ加ハルノ權利ヲ奪ハルルノミナラス再競賣ニ因ル競落代價カ初ノ競落代價ヨリ低キトキハ其不足額ヲ負擔セサルヘカラス又後ノ競落代價カ初ノ競

落代價ヨリ高キト雖モ其超過額ヲ請求スルコトヲ得ス是ニ由リテ觀レハ物件ノ所有權ハ未タ前競落人ニ歸セザリレモノト謂ハサルヘカラスルカ如シ是ニ於テ或ハ競落人カ其代金支拂ノ義務ヲ怠リタルカ爲メニ前競賣ハ當然解除セラレタルモノト解スルヲ得ヘキカ如シト雖モ若シ此解說ニシテ正當ナリトセハ代金支拂ノ期日前ニ於テ前ノ競落人カ其競落物ヲ他人ニ賣却シタルトキハ再競賣ヲ爲スコト能ハサルニ至ルヘシ然ルニ右第五百七十七條第三項ノ規定ニ依レハ競落人カ代金ノ支拂ヲ爲ササルトキハ如何ナル場合タルヲ問ハズシテ再競賣ヲ爲サシムルモノナレハ競賣ノ解除ニ因リ一旦競落人ノ取得シタル競落物件ノ所有權ヲ回復シテ之ヲ再競賣ニ付スルモノト解スルハ非ナリ故ニ法文ノ解釋トシテハ寧ロ便宜上競落ノミニ依リテハ競賣物件ノ所有權ハ未タ移轉セサルモノト看做スノ法意ナリト斷定スルヲ可ナリト信ス

### 第三 競賣ノ制限

競賣ハ競賣物件ノ賣得金ヲ以テ債權者ニ辨濟シ及ヒ強制執行ノ費用ヲ償フニ足ルニ至リタルトキハ之ヲ止メサルヘカラス第五七八條何トナレハ此場合ニ

於テハ最早競賣ヲ續行スルノ必要ヲ見サレハナリ

### 第四 執達吏カ賣得金ヲ領收シタルニ因リテ生スル效果

執達吏カ競賣物件賣得金ヲ領收シタルトキハ債務者ハ債權者ニ辨濟ヲ爲シタルモノト看做サレ執達吏其金額ヲ債權者ニ引渡ササルトキト雖モ債務者ハ其危險ノ責ニ任セサルコト及ヒ債務者カ保證ヲ立テ又ハ供託ヲ爲シテ執行ヲ免ルルヲ得ヘキ場合ニハ右ノ效果ヲ生セサルコトハ前ニ説明シタル金錢ノ差押ニ於テ執達吏カ其取立ヲ爲シタル場合ニ於タルト全ク同一ナリ第五七九條

### (乙) 特別ノ規定

競賣ニ關シテハ我民事訴訟法ハ前述通則ノ外尙ホ競賣ノ目的物ノ性質如何ニ因リテ特別ノ規定ヲ設ケタリ即チ左ノ如シ

#### 第一 高價ノ物ヲ競賣スル場合

高價物ヲ競賣スル場合ニハ豫メ其評價ヲ爲サシムルコトヲ必要トス例ヘハ美術品ノ如キ高價物ニシテ普通人ノ容易ニ其價ヲ知ルコト能ハサルカ如キ物ハ實價ヨリ甚シク廉價ニ競賣シ爲メニ債權者並ニ債務者ノ利益ヲ害スルノ恐アリ

ルヲ以テ執達吏ハ其適當ト信スル鑑定人ヲシテ之ヲ評價セシメタル後就賣ニ付セサルヘカラス(第五七三條)

## 第二 金銀物ヲ就賣スル場合

金銀ニハ時々一定ノ相場アリテ之ヲ知ルコト極メテ容易ナリ故ニ金銀物ヲ就賣スル場合ニハ物件ノ材料タル金銀ノ實價以下ニ就落スルコトヲ許サス若シ就賣ノ結果其實價マテニ之ヲ買受クル者ナキトキハ執達吏ハ債權者債務者雙方ノ利益ノ爲メ適宜他ノ方法ヲ以テ之ヲ賣却シ其代金ヲシテ金銀ノ實價ニ達セシムルノ途ヲ取ラサルヘカラス(第五八〇條)

## 第三 有價證券ヲ就賣スル場合

有價證券トハ例ヘハ公債證書會社ノ株券ノ如キ殆ト權利其物ト同一體ヲ成ス證券是ナリ此等ノ證券ハ單ニ一片ノ債權證明ノ具タルノミニアラス一ノ有價物トシテ賣買讓渡セラレ普通吾人ノ感覺ニ於テモ常ニ有體動產ト同一視スル所ナリ殊ニ無記名證券ニ至リテハ其交付ニ因リテ直チニ權利ノ移轉ヲ來スコト迄モ他ノ有體動產ト異ナル所ナシ故ニ有價證券ノ差押ハ其記名タルト無記

名タルトヲ同ハス執達吏之ヲ占有スルニ因リテ其效力ヲ生スルモノトス其換價ノ方法モ亦債權ニ關スル手續ニ依ラス一ノ物品トシテ換價スルモノトス而シテ有價證券中ニハ相場アルモノアリ然ラサルモノアリ相場アルモノハ其相場ニ從ヒ執達吏適宜ニ賣却換價スルコトヲ得レトモ其相場ナキモノハ通常ノ物品ノ如ク之ヲ就賣ニ付スヘキモノトス(第五八一條)

記名ノ有價證券ハ就賣若クハ其他ノ方法ニ依リ賣却シタル結果完全ニ其權利ヲ買受人ニ移轉セシムル其氏名ニ書換ヲ爲ササルヘカラス勿論強制執行ノ場合ナルカ故ニ債務者ハ任意ニ其書換ヲ爲サス又ハ之ニ必要ナル陳述ヲモ爲ササルコトナシトセス是ニ於テ執行裁判所ハ其書換ヲ命スルモノニシテ且之カ爲メニ必要ナル陳述ヲ債務者ニ代リテ爲スノ權ヲ執達吏ニ與フルコトヲ得ルモノトス又無記名ノ證券ニテモ既ニ記名ニ換ヘ或ハ其他ノ方法ヲ以テ流通ヲ止メタルモノナルトキハ執行裁判所ハ其流通ノ回復ヲ爲サシメサルヘカラス又其流通ヲ回復スル爲メニ必要ナル陳述ハ債務者ニ代リテ爲スコトヲ得ルノ權ヲ執達吏ニ與フルコトヲ得ヘシ(第五八二條第五八三條)

手形其他裏書ヲ以テ移轉スヘキ證券ハ茲ニ所謂有價證券ト謂フコトヲ得ス固ヨリ此二者ハ其性質相似タリト雖モ手形其他裏書ヲ以テ移轉スヘキ證券ハ之ヲ有體動產トシテ強制執行ヲ爲スヘキモノニアラス尤モ其差押ノ手續ニ至リテハ第六百三條ニ依リ執達吏其證券ヲ占有シテ之ヲ爲シ恰モ有體動產ノ場合ト同一ノ觀ヲ呈スト雖モ是レ唯差押ノ手續ノ同一ナルニ止マリ其實有體動產ノ差押ニアラスシテ其證券ニ因ル債權ノ差押タリ是レ債權ニ對スル強制執行ノ規定中ニ其規定ヲ置クヲ以テ觀ルモ明カナルノミナラス第六百三條ニハ現ニ證券ニ因ル債權ノ差押云々ノ文詞アルニ徴スルモ疑ヲ容ルヘカラス故ニ其換價ノ方法ニ至リテハ有體動產ニ於ケルト異ナリ直チニ之ヲ賣却スルコトヲ得ス即チ右證券ニ因ル債權ノ差押債權者ハ其債權ノ轉付ヲ得而シテ其第三債務者ニ對シテ權利ヲ實施セザルヘカラス

第四 土地ヨリ離レサル前ニ差押ヘタル果實及ヒ蠶ヲ競賣スル場合  
未タ土地ヨリ分離セサル果實及ヒ蠶ハ前述ノ如ク其差押ノ時期ニ制限アルノミナラス其競賣ノ時期ニ付テモ亦制限アリ即チ其差押ト競賣トノ間ニ普通ノ

期間ヲ存スルノミヲ以テ足レリトモ果實ハ成熟ノ後又蠶ハ全ク繭ト爲リタル後ニアラサレハ之ヲ競賣スルヲ許サス而シテ執達吏ハ成熟シタル果實ヲ競賣スルニ付テハ先ヅ其收穫ヲ爲サシムルコトヲ得(第五八四條是レ亦經濟上ノ理由ニ基ク規定ナリ)

以上有體動產ノ換價條件中其換價ノ方法及ヒ場所換價ノ手續ヲ爲スヘキ人ノ如キハ實際ノ便宜ヲ主眼トシテ規定シタルモノナルカ故ニ利害關係人ニ於テ之ヲ變更スルヲ利アリトスルトキハ執行裁判所ニ其變更ヲ申立ツルコトヲ得即チ競賣ヲ協議賣買ニ代ヘ又ハ其賣却ヲ差押ヲ爲シタル市町村以外ノ場所ニ於テシ又ハ執達吏以外ノ者ヲシテ賣却セシムルカ如キハ之ヲ禁止スルノ必要ナク其時ノ便宜ニ從ヒ差押債權者執行力アル正本ニ因リ配當ヲ要求スル債權者又ハ債務者ノ申請ニ因リ執行裁判所之ヲ許可シ其變更ノ命令ヲ爲スコトヲ得ルモノトス(第五八五條但執達吏以外ノ者ヲ以テ競賣人ト爲スモ其者ハ單ニ競賣ヲ委託セラレタルニ止マリ爲メニ債權者ノ代理人タル執達吏ノ資格ヲ得サルハ明カナリ隨テ其者カ競賣物件ノ賣得金ヲ領收スルモ執達吏力之ヲ領收

シタルカ如ク債權者ニ對シテ排濟ノ效力ヲ生スルモノニアラス

### 第三項 照査手續

既ニ述ヘタル如ク差押ハ差押債權者ノ爲メニ優先權ヲ生スルモノニアラス普通債權者ハ債務者ノ財産ニ對シテハ各平等ノ權利ヲ有シ縱令先ニ差押ヲ爲スモ爲メニ其差押物件ニ付キ優先權ヲ得ルコト能ハサルナリ故ニ執達吏カ數多ノ債權者ヨリ強制執行ノ委任ヲ受ケタル場合ニ債務者ノ財産カ未タ其何人ノ爲メニモ差押ヘラレサルトキハ其執達吏ハ委任ノ順序ニ拘ハラス數多ノ債權者ノ爲メニ同時ニ差押ヲ爲スモノナリ而シテ其差押ヘタル金錢又ハ其他ノ動産ノ賣得金ハ各債權者ノ債權ノ割合ニ應ジテ之ヲ配分セサルヘカラサルハ勿論既ニ第一ノ債權者ノ爲メニ差押ヲ爲シタル場合ト雖モ其後ニ強制執行ニ着手シタル債權者アルトキハ是レ亦平等ノ權利ヲ有スルモノナリ即チ第一ノ者カ執行ヲ終ラサル間ハ第二ノ者ハ之ニ加入シテ平等ノ配當ヲ受クルコトヲ得ルナリ

照査手續トハ執達吏カ既ニ第一ノ債權者ノ爲メニ債務者ノ財産ヲ差押ヘタル後

ニ他ノ執達吏カ他ノ債權者ノ委任ニ因リテ同一債務者ノ財産差押ニ爲ス場合ニ先ニ差押ヲ爲シタル執達吏ニ對シテ爲ス所ノ手續ヲ謂フ此場合ニ於テハ既ニ第一ノ債權者ノ爲メニ差押ヘタル物件ハ更ニ第二ノ債權者ノ爲メニ之ヲ差押フルコトヲ得サルノミナラス又其必要ナキヲ以テ第二ノ執達吏ハ先ツ既ニ差押ヲ爲シタル第一ノ執達吏ニ其差押調査ノ閱覽ヲ求メ之ニ依リテ債務者ノ動産中尙ホ未タ差押ニ係ラサル物アリヤ否ヤヲ照査シ未タ差押ニ係ラサル物アルトキハ之ヲ差押ヘテ調査ヲ作り而シテ其調査ヲ第一ノ差押ヲ爲シタル執達吏ニ交付シ且總テノ差押物件ヲ競賣ニ付スヘキコトヲ其執達吏ニ請求スヘキモノトス是レ第二ノ債權者ヲシテ其賣得金全部ノ上ニ第一ノ債權者ハ平等ノ權利ヲ行ハシメンカ爲メナリ又若シ照査ノ結果新ニ差押アヘキ物ナキトキハ照査調査ナルモノヲ作り第一ノ差押ヲ爲シタル執達吏ニ之ヲ交付セサルヘカラス

右ノ如ク第二ノ執達吏カ照査手續ヲ爲シタルトキハ新ニ差押ヘタル財産アルト否トヲ問ハス左ノ效果ヲ生スルモノトス

第一 強制執行ノ委任ヲ移轉スル效力ヲ生ス 第二ノ執達吏ノ受ケタル強制執行ノ委任ハ照査手續ノ終了ニ因リ當然第一ノ執達吏ニ移轉ス故ニ第一ノ執達吏ハ第二ノ執達吏ヨリ前述ノ調書ヲ受取リタル後ハ第一債權者及ヒ第二債權者ノ兩者ヨリ委任ヲ受ケタルト同一ノ狀態ニ在リ隨テ爾後其義務トシテ兩者ノ爲メニ執行手續ヲ爲ササルヘカラス

第二 第二ノ債權者ノ爲メニ配當要求ノ效果ヲ生ス 故ニ差押財産ヲ競賣ニ付シタルトキハ其賣得金ハ兩債權者ノ債權額ニ隨ヒ平等ニ配當セサルヘカラス

第三 第一ノ差押力取消ト爲リタルトキハ第二ノ債權者ノ爲メニ差押ノ效力ヲ生ス 故ニ照査手續ノ終了後第一ノ差押力取消サレタルトキハ第二ノ債權者ノ爲メニ差押ヲ爲シタル場合ト同一ニ歸スルモノトス第五八六條第五八七條

#### 第四項 配當要求

執行力アル正本ヲ有セサル者ハ強制執行ヲ實行スルコトヲ得サルカ故ニ前項ニ述ヘタル照査手續ヲ爲スコトヲ得スト雖モ凡ソ民法ノ規定ニ從ヒテ配當ヲ

要求スルノ權アル債權者ハ自ラ強制執行ヲ爲ササルモ他ノ債權者ノ強制執行實施中單ニ配當ノ要求ヲ爲スコトヲ得故ニ既ニ期限ニ到リタル債權ヲ有スル者ハ執行力アル正本ヲ有セサルトキト雖モ他ノ債權者ノ差押ヘタル債務者ノ財産ノ賣得金ニ付配キ當テ要求スルコトヲ得ヘキナリ第五八九條而シテ其要求ハ競賣期日ノ終ニ至ルマテ之ヲ爲スコトヲ得ルモ其以後ニ於テ之ハヲ爲スコトヲ得ス第五九二條又債權者力此要求ヲ爲スニ付テハ執達吏ニ對シテ其原因即チ如何ナル債權ニ付キ請求ヲ爲スヤヲ開示シ且執行裁判所ノ所在地ニ住居又ハ事務所ヲ有セサルトキハ假住所ヲ選定シテ爲スヘキモノトス(第五九〇條)

右配當要求及ヒ前ニ述ヘタル配當要求ノ效力ヲ生スル照査手續アリタルトキハ執達吏ハ其配當要求ノアリタルコトヲ配當ニ與ル各債權者及ヒ債務者ニ通知セサルヘカラス(第五九一條第一項又執行力アル正本ニ因ラスシテ配當ヲ要求スル者ノ債權ハ未タ裁判上確定シタルモノニアラサルカ故ニ法律ハ債務者ニ命スルニ執達吏ヨリ其債權者ノ配當要求アリタルコトヲ通知ヲ受ケタル日



ヨリ三日ノ期間内ニ其債權ヲ認諾スルヤ否ヤヲ執達吏ニ申立ツヘキコトヲ以テセリ(同條第二項)而シテ若シ債務者之ヲ認諾セサル旨ヲ申出タルトキハ執達吏ハ其旨ヲ配當要求者ニ通知セサルヘカラス其通知ヲ受クタル配當要求者ハ亦三日ノ期間内ニ認諾ヲ爲ササル債務者ニ對シテ訴ヲ起シ以テ其債權ヲ確定スヘキモノトス然ラサルハ配當要求ノ權利ヲ喪失スルモノトス(同條第三項)債務者ノ認諾ヲ受クタル配當要求債權者及ヒ執行力アル正本ニ因リ配當ニ加入シタル債權者ニハ差押財産ノ賣得金ヲ以テ辨濟ヲ爲ササルヘカラスハ勿論ニシテ其金額ニシテ各債權ノ全部ノ支拂ヲ爲スニ足ルトキハ別ニ異議ヲ生スルノ理ナキモ若シ賣得金少クシテ債權全部ノ支拂ヲ爲スコトヲ得サルカ爲メ各債權額ニ從ヒ之ヲ分配スヘキ場合ニ於テハ其分配ニ付キ各債權者間ニ協議ノ調ヒタルトキハ執達吏ニ於テ直チニ其協議ニ從ヒ配當ヲ爲スコトヲ得ト雖モ債權者間ニ債權若クハ其順位ニ付キ爭ヲ生シ又ハ其他ノ原由アリテ協議調ハサルトキハ執達吏ハ固ヨリ爭ヲ裁判スルコトヲ得サルカ故ニ其賣得金ハ之ヲ供託セサルヘカラス然ル後ハ裁判所ニ於テ第六百二十六條以下ニ規定ス

ル配當手續ニ依リ各債權者ニ配當ヲ爲スヘキモノトス數多ノ債權者ノ爲メ同時ニ差押ヘタル金錢ノ額各債權者ニ全部ノ辨濟ヲ爲スニ足ラサルトキ亦同シ蓋シ數多ノ債權者ノ爲メ順次ニ金錢ヲ差押ヘタル場合ハ執達吏其金錢ヲ取立テタルニ因リテ直チニ支拂ノ效力ヲ生スルカ故ニ其金錢ハ順次各差押債權者ニ歸シ其以外ノ債權者ハ配當要求ヲ爲スコトヲ得サルナリ右執達吏カ差押物件ノ賣得金又ハ差押金錢ノ供託ヲ爲シ裁判所ニ於テ配當手續ヲ爲スヘキ場合ニ於テハ執達吏ハ其事情ヲ執行裁判所ニ届出ツヘク而シテ其届書ニハ執行手續ニ關スル書類ヲ添附スヘキモノトス(第五九三條)

本學年ノ授業時間ハ最早盡キタルヲ以テ茲ニ講義ヲ閉テ

# 民事訴訟法強制執行 終

強制執行



民事訴訟法強制執行目次

緒論	一
總論	一八
第一章 強制執行ノ要件	一九
第一節 判決	一九
第一款 確定判決	一九
第二款 假執行ノ宣言アル判決	三六
第三款 外國裁判所ノ判決	六五
第二節 判決以外ノ執行名義	七九
第一款 抗告ヲ以テノミ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル裁判	七九
第二款 執行命令	八一
第三款 和解	八七
民事訴訟法強制執行目次	

第四款	公正證書	九三
第五款	仲裁判斷	九六
第三節	執行名義ノ内容及ヒ外延ニ具備スヘキ條件	九九
第四節	時ニ關スル執行名義ノ效力	一〇四
第五節	土地ニ關スル執行名義ノ效力	一〇六
第六節	人ニ關スル執行名義ノ效力	一〇七
第七節	執行文	一〇九
第八節	執行文以外ノ形式の要件	一二六
第二章	強制執行ノ實施	一三一
第一節	強制執行ノ機關	一三一
第一款	執達吏	一三一
第一項	執達吏ノ實施スヘキ強制執行ノ種類	一三二
第二項	執達吏ノ執行行為ニ關スル責任	一三四
第三項	強制執行ノ委任	一三八

第四項	執達吏ノ執行手續	一四一
第二款	裁判所	一四六
第一項	裁判所ノ執行行為	一四六
第二項	強制執行ニ關スル裁判所ノ管轄	一四九
第三項	執行裁判所ノ裁判	一五一
第三款	補助機關	一五三
第三章	強制執行ニ關スル申立異議及ヒ上訴	一五五
第一節	強制執行ニ關スル申立	一五五
第二節	強制執行ニ關スル異議	一五八
第一款	執行文付與ニ對スル異議	一五九
第二款	執行裁判所及ヒ執達吏ノ行為ニ關スル異議	一六一
第三款	請求ニ關スル異議	一六三
第一項	異議ヲ起スニ必要ナル條件	一六三
第二項	管轄裁判所	一六七

第三項 異議ノ效果及ヒ提起ノ時期	一七〇
第四款 強制執行ノ目的物ニ關スル第三者ノ異議	一七四
第一項 異議ノ基本タル權利	一七四
第二項 異議ノ訴先及ヒ管轄裁判所	一七七
第三項 異議ノ效果及ヒ提起ノ時期	一七八
第三節 申立及ヒ異議ノ裁判ニ對スル上訴	一八〇
第四章 強制執行ノ停止及ヒ制限	一八二
第一節 強制執行ヲ停止スヘキ場合	一八三
第二節 強制執行停止ノ效果	一八七
第五章 強制執行開始後ノ債務者ノ變動	一八八
第六章 保證及ヒ執行費用	一八九
第一節 保證	一八九
第二節 強制執行ノ費用	一九二
各論	一九五

第一章 金錢ノ債權ニ付テノ強制執行	一九五
第一節 動産ニ對スル強制執行	一九六
第一款 通則	一九六
第一項 差押ニ關スル制限	一九七
第二項 差押ノ效力	一九八
第三項 優先債權者ノ執行參加	一九九
第二款 有體動産ニ對スル強制執行	二〇五
第一項 差押	二〇六
第二項 換價方法	二一二
第三項 照査手續	二二三
第四項 配當要求	二二四

民法債權

(契約總則)

法學士 兩角彦六講述

校 友 山本喜勇編輯

緒論

予ハ法條ノ説明ニ入ルニ先チ此ニ緒論トシテ契約ナルモノノ意義ヲ説明セントス

舊民法ニ於テハ合意ヲ以テ義務發生ノ一原因トシ之ヲ規定セリ即チ財産編第二百九十六條第一項ニ於テ合意トハ物權ト人權トヲ問ハス或權利ヲ創設シ若クハ移轉シ又ハ之ヲ變更シ若クハ消滅セシムルヲ目的トスル二人又ハ數人ノ意思ノ合致ヲ謂フトアリ此定義ニ依レハ權利ノ得喪移轉ヲ目的トスルコトト當事者ノ意思ノ合致セル事實トノ二要件ヲ具フルモノハ悉ク之ヲ合意ト稱スルコトヲ得ヘシ故ニ例ヘハ賣買贈與交換ノ如キ權利ノ創設ヲ目的トスルモノミニ止マラス彼ノ相殺更改免除ト云フカ如キ義務ノ消滅ヲ目的トスルモノ

モ又以テ合意ナリト謂ハサルヘカラス要スルニ苟モ當事者間ニ權利ヲ目的トセル意思ノ合致アルトキハ總テ之ヲ合意ト稱スルコトヲ妨クス而シテ舊民法ニ於テハ合意ノ外更ニ又契約ナル一ノ名稱ヲ認メタリ即チ同條第二項ニ曰ク「合意カ人權ノ創設ヲ主タル目的トスルトキハ之ヲ契約ト名ヅク」ト故ニ舊民法ニ於ケル契約ナル名稱ハ恰モ合意ノ一種類タルニ過キスシテ合意中人權即チ債權ヲ創設スル所ノモノニ限ラレタル一部ノ名稱タルニ外ナラス

此ノ如ク合意ノ一種トシテ契約ナルモノヲ認メ而シテ一般ノ合意ト契約トヲ區別スルノ實用果シテ那邊ニ存スルカ是レ舊民法ノ下ニ於テ既ニ非難ヲ受ケタル所ニシテ實ニ解スルニ苦マサルヲ得ス何トナレハ第一合意ノ文字自體ニ於テ既ニ允當ヲ缺ケリ蓋シ單ニ合意ト言フトキハ人ノ意思ノ投合シタル狀態ヲ意味スルニ過キサルヘシト雖モ法律上所謂合意ナルモノハ斯ル單純ナル意義ニ止マラス意思ノ投合ノ外尙ホ前述スル如ク權利ノ得喪移轉ヲ目的トスルコトヲ一要素ト爲スカ故ニ此目的ヲ有セサルモノハ單ニ意思ノ投合アルモ以テ法律上合意ト稱スルニ足ラス畢竟舊民法ハ佛ノ「コソパン」ヲ合意ト譯

解シタル誤リニ基因スルモノニシテ用語自體既ニ穩當ナリト謂フヲ得ス第二、合意ト契約トハ之ヲ區別スルコト實際甚タ困難ナリ例ヘハ舊民法ニ依レハ彼ノ質借權ハ一ノ物權タリ然ルニ法律ハ此物權ヲ以テ質貸借契約ニ依リテ設定セラルルモノナリト規定セリ(舊民法財産編第一一七條第一項)果シテ質借權設定ノ行為ヲ以テ契約ナリト謂ヒ得ヘキカ財産編第二百九十六條ノ原則ヲ以テ論スレハ質借權設定ノ行為ハ合意タルコト明カナリ然ルニ之ヲ以テ契約ナリト云フ如キハ法律自ラ合意ト契約トヲ區別スルコトノ難キヲ證スルモノニアラスシテ何ゾ第三、合意ト契約トハ之ヲ區別スルノ實益毫モ存セス即チ法律ハ合意ノ傍ニ契約ナル名目ヲ認ムルト雖モ而モ其規定スル所ハ二者全ク同一ナリ法律ハ同一物ヲ二箇ニ區別シタリト謂フモ過言ニアラス

新民法カ舊民法ニ認メラレタル合意ノ名稱ヲ排斥スルト同時ニ其所謂合意中ニ契約ナル一部ノ名目ヲ存スルノ主義ヲ採用セサルハ主トシテ此等非難ノ理由ニ基クモノニ外ナラス此點ニ付キ起草者ノ説明スル所ノ理由ハ適ニ新民法ニ於ケル本義並ニ其範圍ヲ知ルニ便ナルヲ以テ茲ニ之ヲ抄説セ

既成法典ニ於テハ合意ナル文字ヲ用ヒテ當事者ノ意思ノ合致ニ基ク義務發生ノ一原因ナリトセリ然レトモ合意ノ文字タルヤ契約自體ヲ指示スルヨリモ單ロ契約ノ要素タル當事者ノ意思ノ投合ヲ示スニ用フルヲ適當ナリト信ス而シテ其意思ノ投合ニ因リテ生スル法律行為ヲ以テ契約ト稱スヘキナリ但シ我國ニ於テハ債務ノ原因タル契約ト他ノ法律關係ヲ生スルヲ以テ目的トスル法律行為トノ間ニ用語ノ別ナク又之ヲ分ツノ必要ナキヲ以テ契約ナル語ヲ廣義ニ使用スルコトニ定メタリ故ニ本案ニ用フル契約ナル語ハ既成法典ノ合意ノ定義ニ異ナラサルモノト解スヘシ(新民法理由書)

ト此理由書ノ説明ニ從フモ新民法ニ所謂契約ハ舊民法ノ合意ニ該當スルモノニシテ隨テ此ニ定解ヲ下セハ

契約トハ權利ノ發生消滅移轉ヲ目的トスル二人又ハ數人ノ意思ノ合致ヨリ生スル法律行為ナリ

ト謂フコトヲ得ヘシ而シテ新民法ハ舊民法ノ如ク契約ノ何タルヤニ付キ定義的解説ヲ下シタルコトナシ是レ蓋シ新民法一般ノ方針ニシテ特ニ本章ニ於テ

ニアラサルナリ

## 第一節 總則

本節ノ規定ハ一般ニ契約ニ共通ノモノナルカ故ニ下第二節乃至第十四節ニ特別ノ規定ナキ以上ハ總テ適用スヘキノミナラス特ニ法律ニ規定ナキ所謂無名契約ニ對シテモ全然本節總則ニ規定ヲ適用セサルヘカラス要スルニ實用上ヨリ謂ヘハ本節ノ規定ハ法典中ニ在リテ最も重要ナル地位ヲ占ムルモノト謂フヘシ

本節ハ契約ノ成立效力及ヒ解除ノ三款ヨリ成ル舊民法ハ合意即チ契約ノ成立條件ヲ規定スルノ外尙ホ有效條件トシテ財產編第三百五條ニ於テ其規定ヲ設ケタリ即チ(一)承諾新民法ニ所謂意思表示(二)瑕疵ナキコト(三)能力ノ欠缺セサルコト是ナリ然レトモ是レ一般法律行為ニ適用セラレルヘキモノニシテ單ニ契約ニ就テノミ規定スヘキモノニ非ス此故ニ新民法ハ之ヲ本章ノ下ニ規定セシメテ總則編ニ讓レリ又契約ノ效力及ヒ解除ニ關スル規定ノ如キモ舊民法合意ノ下ニ存シタルモノニシテ本章中ニ其法條ヲ見サルモノ數多アリ畢竟此等ノ



法條ハ或ハ總則篇中ニ或ハ債權編總則ノ部ニ收メタルカ爲メナリ故ニ新民法ニ所謂契約ナル語ハ舊民法ニ所謂合意ト異名同物ナルニ拘ハラス其章下ニ規定セラル事項ニ至リテハ遙ニ狭小ナルヲ感スヘシ

### 第一款 契約ノ成立

#### 第一項 契約ノ成立條件

舊民法財産編第三百四條ニ依レハ合意即チ契約ノ成立ニ必要ナル條件トシテ三箇ノ規定ヲ爲セリ即チ第一當事者又ハ代人ノ承諾第二確定ニシテ各人カ處分權ヲ有スル目的第三眞實且ツ合法ノ原因是ナリ

客言スレハ承諾目的原因ノ三箇ヲ以テ合意ノ成立要件トセルナリ而シテ其所謂承諾トハ利害關係人トシテ合意ニ加ハル總當事者ノ意思ノ合致ヲ謂フニ財産編第三〇六條カ故ニ當事者間相互ニ意思ヲ有スルモ苟モ其意思カ相投合スルノ事實ナクゾハ所謂承諾ナルモノナク隨テ契約ハ未タ成立セサルモノトス例ヘハ甲乙ノ兩人アリ甲者ハ或物ヲ賣ラントスルノ意思ヲ有シ乙者ハ或物ヲ買ハントスルノ意思ヲ有スルノミニテハ單ニ二箇ノ意思カ併立スルニ止マリ未

タ意思ノ合致即チ承諾ナルモノ存在セサルナリ其一方カ賣ラントシ他ノ一方カ買ハントスル目的物及ヒ其代價或場合ニハ其引渡支拂等其契約ニ於テ確定スルコトヲ要スル總テノ點ニ付キ雙方ノ意思ノ投合アリテ始メテ承諾ノ存在ヲ見ルヘシ故ニ所謂承諾ナルモノハ必ス意思ノ發表アリテ始メテ成立スルモノニシテ最モ先ニ發表セラルル一方ノ意思ヲ稱シテ言込ト謂ヒ其言込ニ對シテ同意ヲ表スル他方ノ意思ヲ受諾ト謂フ

以上ハ舊民法ノ用語ニ付キ説明シタリ抑モ舊民法ニ所謂承諾ナル語ハ其文字上受諾ナル語ト當ニ同一ノ意味ヲ有シ又吾人ノ慣用上ニ於テモ承諾トハ一方ノ言込ニ對シテ用アル語ナリ然ルニ舊民法カ言込ト受諾ノ一致シタル狀態ヲ指シテ承諾ト稱スルハ頗ル穩當ヲ缺クモノト謂フヘシ加之法律上ニ於テモ立法者自身受諾ト承諾トヲ混用シタル痕跡アルハ財産編第三百六條第二項ヲ見ルモ明カナリ用語ノ恰當ナラサルヨリ錯雜ヲ來スコト此ノ如シ故ヲ以テ新民法ハ是等ノ用語ヲ更メ舊民法ニ所謂承諾ノ語ヲ以テ其受諾ナル語ニ轉用シ舊民法ニ言込ト謂ヘルヲ申込ト改メ又申込ト承諾トノ一致投合セル狀態之ヲ合意

ト稱シ合意ニ因リテ生スル法律行為之ヲ契約ト名ケタリ

次ニ舊民法ニ於ケル契約ノ目的トハ當事者各自ノ負擔スル物又ハ所爲是ナリ  
 賣買契約ヲ以テ例スレハ賣主ノ負擔スルモノハ所有權ノ移轉ナリ即チ賣主ニ  
 在リテハ之ヲ契約ノ目的ト爲ス買主ノ負擔スルモノハ代金ノ支拂ニ在リ即チ  
 之ヲ買主ノ目的ト爲ス又同法ノ契約ニ於ケル原因トハ當事者ノ各自ヲシテ其  
 義務ヲ承諾スルニ至ラシメタル利益是ナリ即チ前例賣買ニ就テ述ブレハ賣主  
 カ所有權ノ移轉ヲ承諾セシハ代金ヲ得ルカ爲メナリサレハ賣主ニ取リテハ代  
 金ヲ受タルヲ以テ契約ノ原因トシ又買主カ代金ノ支拂ヲ承諾セシハ所有權ノ  
 移轉ヲ受ケゾカ爲メナリ即チ買主ニ取リテハ所有權ノ移轉ヲ受タルヲ以テ契  
 約ノ原因トス之ヲ以テ推セハ賣買其他ノ雙務契約ニ於テハ目的原因ノ二者必  
 ス二箇宛具備スルモノト知リテ可ナリ而シテ此當事者カ得ントスル利益即チ  
 原因ハ必スシモ金錢的ノ價值アルヲ要セス目的ハ之ニ反シ金錢的ノ價值アル  
 ヲ要ス換言スレハ無形道德上ノ價值ヲ有スルモノノ原因モ亦契約ノ原因ト  
 ナルコト得ヘシ例ヘハ贈與ノ如キ片務の無償行為ニ於テ贈與者ノ原因ト爲ル

モノハ或ハ恩誼或ハ信用ト云フカ如キ道德的無形上ノ價值ヲ有スルニ過キサ  
 ルモノアリ是等金錢的價值ヲ有セサルモ尙ホ原因タルヲ妨クス隨テ贈與モ又  
 契約成立ノ要件ヲ完フスルモノタルコト勿論トス

尙ホ一言スヘキハ契約ノ原因ト其遠因トヲ混同スヘカラサルコト是ナリ遠因  
 トハ原因ノ如ク當事者ヲシテ義務ヲ負擔スルコトニ決意セシメタル直接ノ利  
 益ニ非スシテ其利益ヲ得セシムルコトニ至ラシメタル間接ノ利益又ハ之ニ推  
 及セシメタル各般ノ事情ナリトス約言スレハ契約ノ原因ノ原因タル位地ニ在  
 ルモノナリ之ヲ例說スレハ賣買ニ於ケル代金ハ賣主ノ爲メニ原因ト爲ルモ何  
 故ニ其代金ヲ得ントスルニ至リタルカヲ考フレハ或ハ負債辨濟ノ爲メナルカ或  
 ハ新ニ物ヲ買入ルル爲メナルカ或ハ又貸付ノ目的ニ出ツルコトアリ即チ契約ノ  
 原因ニ於テハ一種ノ契約ニ通シテ悉ク同一ノモノタルヘク又必ス缺クヘカラ  
 サルモノタルニ拘ハラズ遠因ニ至リテハ之ニ反シ種種錯雜ナル事情タルニ外  
 ナラサルヲ以テ各契約各當事者又時所等ニヨリテ異ナルモノナリ故ニ此原因  
 ナキ時ハ契約成立スルコト能ハサルモ遠因ノ如何ハ契約ノ成立ニ何等ノ影響

ヲ及ホササルナリ是レ契約ノ成立ニ關シ舊民法其他佛法系ヲ繼受セル歐洲大陸通半ノ法律カ認ムル一般法理ナリ

然レトモ此ノ如ク當事者ノ合意即チ舊民法ニ所謂承諾並ニ目的ヲ以テ契約成立ノ要素トスルノ外尙ホ原因ナルモノヲ一要素トスルノ必要アルカ換言スレハ舊民法ノ所謂契約ノ原因ハ契約ノ目的ト異名同物タルニ過キサルヘシ縱令同物ト謂フコト能ハサル場合アリトスルモ斯ル場合ニハ合意ナル要素中ニ含マルモノナリ是ニ由リテ觀レハ已ニ合意目的ノ二者ヲ要素トスル外所謂原因ヲ以テ契約ノ一要素ト觀ルノ要ナカルヘシトノ反對論ハ法理上一問題トシテ存スル所ニシテ彼ノ佛法系ノ鴻儒ローラン氏ノ如キモ此說ヲ採レリ今是等反對說ノ論據ヲ示サン例ヘハ賣買ノ如キ雙務契約ニ於テ賣主ノ目的トスル所ハ所有權ノ移轉ニ在リ買主カ代金ノ支拂ヲ承諾セル原因ハ賣主ヨリ其所有權ノ移轉ヲ得ントスルニ在リ果シテ然ラハ賣主ノ方ヨリ觀察シテ賣買契約ノ目的ト爲ルモノハ買主ノ方ヨリ觀察テ下セハ賣買契約ノ原因ト爲ルモノニシテ結局異名同物タルコトヲ免レス故ニ曰ク目的ヲ要素トスル以上ハ原因

ヲ一要素トスルノ必用ナシト尙ホ之ニ對スル駁說ヲ掲ケテ其疑ヲ解明スルノ必要アリ其駁說ニ曰ク賣買ニ於タル原因ハ即チ代價又ハ物ヲ得ント欲スル希望ニシテ代價又ハ物其自體ニ非ス是等ノモノハ之ヲ目的ト稱シ得ヘキモ決シテ原因ト謂フヲ得スト然レトモ假ニ此論者ノ說ニ從フモ代價ヲ得ント欲スル希望ハ即チ賣ラント欲スル意思ニシテ物ヲ得ント欲スル希望ハ即チ物ヲ買ハント欲スル意思ナリサレハ賣買ノ原因ハ恰モ賣買ノ意思ニ外ナラス即チ合意中ニ包含セラル而シテ既ニ合意ヲ以テ要素トスル以上ハ尙ホ原因ヲ存スルノ要ナクン何レヲ以テスルモ合意ト目的トヲ要素トスル以上ハ特ニ原因ナル要素ヲ存立セシムルノ必要ナシ更ニ片務契約タル贈與ニ付テ此論理ノ應用ヲ試ミゾニ贈與ノ原因ハ贈與者カ意思ヲ施サント欲スル意思即チ希望ヲ謂フニ外ナラス果シテ然ラハ是レ又合意外ニ原因ナル一要素ヲ存立セシムルハ重復ノ譏ヲ免レス換言スレハ片務契約ノ原因モ窮極合意中ニ包含セラルヘキモノタルコト雙務契約ノ場合ト異ナルナシト謂フニ在リ

以上論スル所ニ依リテ得タル結果ハ契約成立ノ要件單ニ二箇アルニ過キス(第一契約ノ目的物第二當事者ノ意思ノ一致是ナリ此他ニ存スルモノハ所謂緣由ニシテ契約ノ成立ニ毫モ影響ヲ及ホス效力アルモノニ非ス)此主義タルヤ漸ク近世認メラレタルモノニシテ新民法モ亦之ヲ採用セルコトハ理由書ニ論セル所ヲ以テスルモ明カナリ隨テ新民法ハ舊民法ニ規定セル原因ニ關スル一切ノ規定ハ之ヲ解除セリ以下新民法ノ認ムル契約ノ成立要件ニ付キ逐次説明セシ

#### 第一 契約ノ目的物

前述スル如ク契約ノ目的物トハ其契約ニ於テ當事者各自カ負擔スル所ノ物件若クハ行為ナリトス例ヘハ甲者カ乙者ニ其所有ノ家屋ヲ千圓ニテ賣渡スノ約束ヲ爲シタリトセシカ其家屋又ハ代價ハ正ニ契約ノ目的物タリ將タ又甲者ハ乙者ニ對シテ或仕事ヲ爲シ若クハ爲ササルコトヲ約シタリトセシカ其甲者ノ作爲不作爲モ亦實ニ契約ノ目的物タリ是ニ由リテ觀レハ契約ノ目的物ナルモノハ或場合ニハ物件ナリ或場合ニハ人ノ行為即チ作爲不作爲ト爲ルモノトス

此ニ注意ノ爲メ一言スヘキモノアリ則チ通常契約ノ目的物ヲ指シテ單ニ契約ノ目的ト稱スルコト是ナリ換言スレハ契約ノ目的ナルモノト契約ノ目的物トヲ同一視シ居レリ此事タルヤ學者カ説明ノ上ニ於テ之ヲ混同シ居ルノミナラス現ニ舊民法ノ如キハ其法文ノ上ニ於テ全ク之ヲ同一視セリ然リト雖モ正確ナル理論ヲ以テ之ヲ推セハ契約ノ目的ナルモノト契約ノ目的物ナルモノトハ自ラ別事タラサルヘカラス惟フニ契約ノ目的トハ各當事者カ締結スル所ノ契約ノ趣旨其モノノ謂ニシテ賣買契約ニ於テハ賣買其モノ贈與契約ニ於テハ贈與其モノヲ以テ契約ノ目的ナリト謂ハサルヘカラス之ニ反シテ契約ノ目的物ナルモノハ契約ノ目的ノ宿ル所ノモノニシテ尙ホ反面ヨリ説明スレハ此契約ノ目的物ノ上ニ存スル所ノ當事者ノ意思ヲ以テ契約ノ目的ナリト謂フヲ得ヘシト信ス例ヘハ賣買契約ナレハ賣買其モノヲ以テ契約ノ目的ナリト謂フヘクシ而テ何物ヲ賣買スルニ在ルカ其賣買ノ因リテ存スル所ノ物件賣買以外ノ契約ニ於テハ行為ナルコトアリヲ以テ所謂契約ノ目的物ナリト謂ハサルヘカラス又法律カ此二者ヲ混同セル例證ヲ舉タレハ財産編第三百四條ノ如キ是ナリ同

條ヲ瞥見スレハ「各人カ處分權ヲ有スル目的」トアリ而シテ處分權ヲ有スルヤ否  
 ヤハ專ラ物件ニ付キ言テ立テタルモノナルコト論ヲ歧タス然ルニ法律ハ尙ホ  
 之ヲ指シテ目的ト稱スルハ混同ニアラスシテ何ソヤ要スルニ法律ハ此ニ目的  
 ト謂ヘルモ是レ唯不當ノ文字ヲ用ヒタリト謂フニ過キスシテ其實目的物ヲ指  
 示スルニ在ルモノトス予輩カ茲ニ契約ノ要件ト號クルモノハ決シテ契約ノ目  
 的ヲ謂フニ非スシテ契約ノ目的物其物ヲ指示スルモノナルコトヲ知悉セサル  
 ヘカラス

契約ノ目的物ニ付テハ新民法ニハ殆ト其規定ヲ見ス故ニ予ハ從來條理ト認メ  
 タルル所將タ又舊民法ニ採用セル規定トヲ參照シテ其要件ノ說明ヲ爲サゾカ  
 爲メ此ニ目的物ノ種類ニ依リ之ヲ二箇ニ分論セツトス

#### (一) 契約ノ目的物タル物

契約ノ目的物タル所ノ物件ハ確定ニシテ且ツ各人カ所分權ヲ有スルモノナラ  
 サルヘカラス(財産編第三〇四條)隨テ其物件ニハ二箇ノ條件ヲ具ヘサルヘカラス  
 甲 目的物ハ確定ノモノナラサルヘカラス

目的物ハ確定ノモノナラサルヘカラスト謂フコトハ強チ該物件カ其形體ヲ  
 存シ且ツ現ニ社會ニ表ハレ居ルモノナラサルヘカラスト謂フニ非ス唯其物  
 ハ契約ノ當時ニ一定シタルモノナルカ若クハ一定シ得ヘキモノナルカヲ必  
 要トスルニ過キサルノミ換言スレハ現在ニ於テハ其物ノ成立カ不確定ノモ  
 ノナルモ後日確定シ得ヘキモノナレハ尙ホ契約ノ目的物タルコトヲ妨タス  
 本來契約ノ目的物カ確定ナルコトヲ要ストノ趣旨ハ或ハ物品ノ種類ヲ示ス  
 コト廣漠ニ失シ其種類中ニ在リテ如何ナル物ヲ供與スルニ在ル歟毫モ之ヲ  
 知ルニ由ナキ場合若クハ若干ノ分量ヲ供與スルニ非サレハ要約者ノ目的ト  
 スル所ノ用ヲ爲ササル場合ニ其分量ノ定ナキカ爲メ何程ノ供與ヲ享クルノ  
 權アルカ之ヲ明カニスルニ由ナキ場合等之カ爲メニ折角要約者ハ其權利ヲ  
 有スルニ拘ハラス全ク其權利ノ實益ヲ收ムルコト能ハサルカ如キ結果ヲ生  
 スルヲ防クニ在ルモノナリ例ヘハ甲カ乙ニ對シ穀物ヲ賣渡サント云フ如キ  
 漠然タル契約ヲ爲シタリトセシカ穀物中ニハ米麥豆黍等固ヨリ其種類影カ  
 ラス其中ニ就キ如何ナル物ヲ賣買スルノ意ナルカ蓋シ捕捉スルノ途ナカル

ヘシ此時ニ該リ乙ノ有スル權利ハ果シテ如何ナル終局ヲ見ルヘキカ遂ニ空  
權利ニ了ルヲ免レサルヘシ以上述アル所ハ其種類ノ不確定ナル場合ナリ又  
其分量ノ不確定ナル場合ヲ例示スレハ前例ニ於テ其種類ハ特定セラレタリ  
トスルモ其分量ノ定ナカリセハ一粒モ又米若クハ麥タルヲ妨クサルヲ以テ  
甲者ハ其引渡ヲ強ユルトセシカ乙者ノ權利ニ於テ實益ナキコト知ルヘシ法  
律カ目的物ノ確定ナラサルヘカラストハ此謂ナリ而シテ其目的物ハ縱令未  
來ノモノニシテ而モ其成立ニ於テ不確定ナルモ右述アル所ノ瑕疵ヲ有セザ  
ル契約ハ尙ホ其有效タルヲ妨クス例ヘハ甲カ乙ニ對シ自己所有ノ土地ヨリ  
生スル來年ノ收穫ヲ賣渡サントノ契約ヲ結ヒタリトセシカ果シテ其收穫ハ何種  
ナルヘキカ豫メ知ルヲ得ス或ハ毫厘ノ收穫ナキヤモ未タ知ルヘカラスト然レ  
トモ該契約ニ於テ甲カ其所有セル土地ヨリ收ムル來年度ノ收穫ヲ目的トシ  
テ合意シタルハ明確ナルヲ以テ甲ノ負擔スル範圍ハ自ラ確定シ此條件ニ於テ  
缺タル所アルヲ見ス即チ是レ法律並ニ學說ニ於テ認ムル所ノ射替契約ナル  
モノナリ舊民法財産編第三百二十一條第一項ニ曰ク合意ハ未來ニ係リ且成

立ノ不確定ナル物ヲ目的トスルコトヲ得「新民法カ此點ニ付キ一モ規定ス  
ル所ナキハ惟アニ遺般ノ事タル學ヲ學者ノ說明ニ一任スヘキモノニシテ特  
ニ之ヲ規定スルノ要ナシトセルモノノ如シ(新民法理由書)

乙 目的タル物件ハ各人カ處分權ヲ有スル物ナラサルヘカラスト  
各人ノ處分シ得ヘキ物トハ法律上若クハ物件ノ性質上各人ノ自由ニ授受シ  
得ヘキ所ノ物ヲ謂フ凡ソ物件ハ處分シ得ヘキハ普通ノ狀態ニシテ處分シ得ヘカ  
ラサルハ其例外ナリ物件ノ性質上處分シ得ヘカラサル物トハ彼ノ空氣太陽  
光線ノ如キ所謂公共物ト稱スルモノニシテ各人ハ平等ニ之ヲ使用シ得ルモ  
獨リ之ヲ私有スルコト能ハサルナリ是等ハ如何ナル場合ニ於テモ財產ト謂  
フコトヲ得ス又債權ノ目的タラス隨テ契約ノ目的物タルコトヲ得サルモノ  
トス法律上處分シ得サル物トハ舊民法ニ所謂不融通物ニシテ例ヘハ彼ノ公  
有財產ノ如キ(財産編第二六條)或ハ火藥爆發物阿片ノ如キ公益上特ニ法律ヲ  
以テ其處分ヲ禁シタル物ヲ謂フ此等ノ物ハ單リ契約ノ目的物タルコトヲ得  
サルノミナラス之ヲ處分スルトキハ刑法上ノ責罰ヲ蒙フルヘキナリ又未タ

開始セサル相續財産ノ如キモ法律上ノ不融通物タリ(財産編第三二一條第二項舊民法ハ特ニ明文ヲ以テ是ヲ規定セルモ新民法ニ於テハ之ヲ削除シタリ其理由トスル所ハ未タ開始セサル相續財産ヲ讓渡ス如キハ實際ニ於テ極メテ稀ナルノミナラス縱令此ノ如キ契約ヲ締結スル者アリトスルモ所謂公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル行爲ハ無効ナリト云フ一般ノ法則ニ依リ若クハ此ノ如キ契約ハ目的物不確定ナリトノ理由ヲ以テ其契約ヲ無効ト爲スコトヲ得ヘキモノニシテ特ニ之カ法條ヲ設クルノ必要ナシトセルナリ又舊民法ノ主義ニ從ヘハ第三者ニ屬スル特定物ノ如キモ契約ノ目的物タルコトヲ得ス即チ處分權ナキノ故ヲ以テ之ヲ不融通物ト謂ハサルヘカラス何トナレハ財産編第三百三十一條ニ於テハ(特定物ヲ授與スル合意ハ引渡ヲ要セスシテ直チニ其所有權ヲ移轉ストアリ又財産取得編第四十二條ニ於テハ(他人ノ物ノ賣買ハ當事者雙方ニ於テ無効ナリトアリテ特定物ヲ授與スルノ契約ハ契約ト同時ニ其物ノ所有權ヲ移轉スヘキモノニシテ其引渡ヲ要セサルヲ定メトス之ニ反シ其物件カ量定物代替物ナレハ之ヲ授與スルノ契約ハ

單ニ所有權ヲ移轉スルノ義務ヲ生スルニ過キシテ契約ト同時ニ所有權ヲ移轉スルモノニ非サルナリ(財産編第三三二條故ニ舊民法ノ主義ニ從ヘハ契約ノ目的物タル特定物カ第三者ノ所有ニ係ル場合ニハ諾約者ハ其契約ニ因リテ到底其物ノ所有權ヲ移轉スルヲ得ス即チ其契約ハ不能ノ契約ト謂フヘク全ク不成立ナリトスルニ拘ハラズ契約ノ目的物カ量定物ナルトキハ諾約者ハ唯所有權ヲ移轉スト謂フ對人的ノ義務ヲ負フニ過キサルカ故ニ他人ニ屬スル所有物ヲ目的トスル契約モ尙ホ有效タルコトヲ妨ケス新民法ハ全ク反對ノ主義ヲ採用セリ即チ第五百六十條ノ規定ヲ見ルニ他人ノ權利ヲ以テ賣買ノ目的ト爲シタルトキハ賣主ハ其權利ヲ取得シテ之ヲ買主ニ移轉スル義務ヲ負フトアリ今其理由ヲ知ラズニハ起草者ノ説明ヲ揭クベクテ以テ便ナリトス曰ク

特定物ノ賣買ハ契約ト同時ニ之カ所有權ヲ移轉スルコト通常ナルモ別段ノ定メニ依リテ所有權ノ移轉ヲ延フルコトヲ得且ツ之ヲ延フルハ實際往々見ル所ノモノニシテ而シテ何國ノ法律モ未タ嘗テ此契約ノ自由ヲ禁シ

タル法律アルヲ知ラス舊民法ノ起草者タルボアシナード氏カ此契約所有權ノ移轉ヲ後日ニ延フルヲ以テ所有權ヲ制限スルモノナリ隨テ公益ニ反スルモノナリト説明シ居ルモ之ハ全ク所有權ノ制限ト所有權移轉ノ義務ヲ負擔シ居ル事實トヲ混同シタルモノナリ既ニ特定物ノ賣買ハ直チニ其所有權ヲ移轉スルト言フ規定アル法律即チ舊民法ノ如キ下ニ於テモ尙ホ其移轉ノ延期ヲ約スルヲ得況ヤ新民法ノ如キ賣買ハ總テ一方カ權利ヲ移轉スルコトヲ約シ相手方カ代金ヲ支拂フコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生スルモノナリト爲シ居ル以上ハ其事タルヤ實ニ無論ノコトト謂ハサルヘカラス又不特定物代替物量定物ニ至リテハ賣主ノ權内ニ在ラサルモノ極メテ多ク或ハ未タ存セサルモノアリ又ハ他人ノ手ニ存スルモノアリ而シテ之ヲ賣買讓渡スルコトヲ得ルハ何人モ認ムル所ナリ然ルニ唯リ特定物ニ限リテ之ヲ賣買讓渡スルコトヲ得サルハ甚タ理由ノ貫徹セサルモノナリ唯他人ニ屬スル物件ヲ目的トシタル場合ニ於テハ賣主ナル者ハ必ス一旦其權利ヲ自己ニ取得シテ更ニ之ヲ移轉スヘキノミ之ヲ移轉シ得サラザカ

契約不履行ノ實ニ任スヘキノミ其物カ他人ニ屬スル物件ナリト謂フ一事ヲ以テ當事者間ノ契約ヲ無効トスヘキノミニ非ス故ニ新民法ノ下ニ於テハ他人ニ屬スル特定物モ又契約ノ目的物タルヲ妨クスト以上ハ契約ノ目的物タル物件ニ付テノ説明ナルモ行爲ニ付テハ舊民法ハ財産編第三百三十七條乃至第三百四十四條ニ規定セリ此點ニ付テモ新民法ハ全ク反對ノ說ヲ採レリ

## (一) 契約ノ目的物タル行爲

契約ノ目的物タル行爲ハ合法且ツ可能ノモノナラサルヘカラス舊民法財産編第三百二十二條第一項ハ其反對ノ方面ヨリ之ヲ規定セリ曰ク「合意ハ不法又ハ不能ノ作爲又ハ不作爲ヲ目的トスルトキハ無効ナリ」ト隨テ其行爲ニハ二箇ノ條件ヲ具ヘサルヘカラス

甲 合法ナルコトヲ要ス

合法ナラサル行爲即チ不法ノ行爲トハ法律ニ禁止シタル行爲若クハ法律ニ明文ヲ以テ之ヲ禁止セサルモ所謂公安風儀ニ害アリト看做サルヘキ行爲ヲ



謂フ例ハハ阿片ノ製造販賣ヲ約スル如キ或ハ金圓若干ヲ與フレハ何某ヲ殺サント約スルカ如キハ共ニ法律ノ禁止スル所ニシテ又何程ノ報酬ヲ與フレハ賣淫ヲ承諾セント約スルカ如キ風俗壞亂ノ行爲ハ公安ヲ害シ同時ニ風俗ヲ損スル所ノモノタリ是レ皆所謂不法行爲ヲ目的トセルモノナルカ故ニ契約ハ全ク無効ナリトス(積極的實例)或ハ又或報酬ノ下ニ選舉權ノ拋棄ヲ諾シ若クハ幾何ノ賂賂ヲ與フレハ無罪若クハ免訴ノ言渡ヲ爲サント約スル如キモ又均シク不法ノ行爲ヲ目的トセル契約タルヲ免レス消極的實例)

此點ニ付キ新民法ニハ特ニ契約ノ章下ニ於テ之ヲ規定スルモノナシト雖モ契約ハ素ト法律行爲ノ一ニシテ而シテ一般法律行爲ニ付テハ其第九十條ニ於テ(公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行爲ハ無効トスト)定アルヲ以テ特ニ本章ニ格段ノ規定ヲ設タルノ必要ナキカ故ナリ但シ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ナル文辭ハ其意義茫漠トシテ多少議論ノ餘地アリト雖モ本項ニ於テ之ヲ研究スヘキニ非ス

乙 可能ナルコトヲ要ス

可能ナラサル行爲即チ不能ノ作爲不作爲トハ何レモ人ノ爲シ能ハサル行爲ニシテ或ハ一時間ニ千里ヲ走ラントカ或ハ百日間斷食セント云フカ如シ凡ソ何人モ不能ノ事ヲ爲スノ實ナシトハ法律一般ノ原則ナルカ故ニ不能ノ行爲ヲ目的トシタル契約ノ無効ナルハ當然ノコトニシテ特ニ法律ノ正條ヲ缺タサルナリ然レトモ此原理ノ適用ニ至リテハ新舊二法大ニ其趣ヲ異ニセリ舊民法財産編第三百二十二條第二項ノ規定ヲ見ルニ(合意ノ目的タル第三者ノ作爲又ハ不作爲カ合法又ハ可能ナリト雖モ若シ諾約者カ其第三者ニ對シテ威權ヲ有セサルトキハ其契約ハ之ヲ不能ノ作爲又ハ不作爲ヲ目的トセルモノト看做スト)アリ約言スレハ第三者ノ作爲不作爲(即チ行爲ハ當事者ニ取リテハ不能ノ行爲ナリトシ隨テ第三者ノ行爲ヲ目的トセル契約ハ無効ナリトス例ハハ甲ハ乙ニ對シテ丙ナル第三者ヲシテ乙ノ爲メニ某事ヲ行ハシメ又ハ某事ヲ行ハシメサルコトヲ約シタリトセシ此場合ニ於テ甲ハ強テ丙ナル人ヲシテ其事ヲ行ハシメ若クハ行ハサラシムルコト能ハス丙ノ行爲ハ實ニ甲ノ處分權内ニナキ所ナレハ當事者ヨリ觀察スレハ猶ホ且ツ不能ノ行爲

目的トセルモノナリト謂フニ在リ

此ノ如ク第三者ノ行為ヲ目的トセル契約ヲ以テ一般ニ無効ナリトスルハ果シテ能ク當事者ノ意思ニ投合シタル規定ナリト謂フヘキカ縱令契約ノ爲メニ第三者ヲ驅逐スルコト能ハスト雖モ其契約ニ依リテ當事者カ自己ニ債務ヲ負擔スルハ毫モ背理アルヲ見ス而シテ若シ其契約ニシテ履行スルコト能ハサル場合ニハ當事者ハ須ラク其不履行ノ實ニ任スヘキノミ敢テ其事ヲ不能トシ契約ヲ無効トスルノ理由那邊ニ存スルカ是レ却テ當事者ノ意思ニ悖ルモノニアラサルカ蓋シ何人ト雖モ契約ヲ締結スル以上ハ之カ履行ヲ期スルヤ固ヨリ明クシ履行セサル爲メニ契約スル者ハ未タ曾テ之アルヲ聞カス又履行シ能ハサルモノヲ契約スル如キハ事實稀有ノコトナリ畢竟當事者ノ意思ハ其契約ヲ履行セントスルニ在リ隨テ履行スルコト能ハサル場合ニハ其結果ニ付キ不履行ノ責ニ任スルモノト謂ハサルヘカラス是レ契約ハ有效ニ解釋スヘシト謂ヘル解釋法ノ規則ニ徴スルモ至當ノコトナリトス加之舊民法財産編第三百二十二條第二項ニ依ルモ第三者カ諾約者ノ威權ノ下ニ在

ルトキハ其契約ハ有效ナリトセリ例ヘハ主僕ノ關係ヲ有シ又ハ長官ニ對スル屬僚ノ如キ其威權ノ下ニ在ル者ハ自己ノ手足ニ於ケルト同シク自己ノ意思ニ從ハシムルヲ得ルモノトシ此例外ヲ設ケタルモノナリ然レトモ威權ノ下ニ在ル者ト雖モ人身ノ自由ハ拘束シ得ヘキモノニ非サレハ或ハ其行為ヲ執行セシムルコト能ハサルニ至ルヤモ知ルヘカラス即チ威權ノ下ニ在ラサル者ノ行為ヲ目的トセルト同一ノ結果ニ歸著スルヤモ測ルヘカラス果シテ然ラハ威權ノ下ニ在ル者ト否トヲ問ハス第三者ノ行為モ亦其行為自體カ合法且ツ可能ノモノナル以上ハ契約ノ目的タルコトヲ得ト謂フハ能ク理論ヲ一貫シタルモノト謂ハサルヲ得ス又契約ハ自由ナリト謂フ一般ノ大本ヨリ觀察スルモ前述第三者ノ行為ヲ目的トセル契約ニ付キ絶對的無効即チ不能ノ行為ヲ目的トセルモノナリト謂フカ如キ限界ヲ設ケサルヲ以テ至當ナリト信ス

尙ホ舊民法財産編第三百二十二條第三項ハ何人ニテモ第三者ニ代ハリテ諾約ヲ爲シ若シ其第三者之ヲ履行セサルニ於テハ過怠金ヲ辨償スルノ責ニ服

スルコトヲ得ト規定セリ是レ何人ニテモ他人ノ行爲ニ付キ擔保ヲ約スルハ有效ナリト謂フモノニシテ換言スレハ縱令當事者ノ威權ノ下ニ在ラサルモ若レ其第三者者カ契約ニ指定セル行爲ヲ爲ササルトキハ諸約者ハ之ニ因リテ違約金ヲ支拂ヒ若クハ過怠金ヲ辨償スヘシト謂フ契約ハ有效ナリトス之ヲ單純ニ第三者ノ行爲ヲ目的トセル契約ノ場合ニ照シテ考フルモ荷モ第三者ノ行爲ヲ目的トシテ契約スル當事者ノ意思ハ若シ其第三者ニ於テ履行セサルトキハ其損害ノ實ニ任セントスルニ在ルコトハ蓋シ灼然タリ否ラスンハ要約者ハ何ヲ以テ要約シタルカ諸約者ハ何ヲ以テ諸約シタルカ更ニ其意ヲ解スヘカラス果シテ然ラハ第三者ノ行爲ニ付キ其履行ヲ擔保スルノ意思ハ特ニ之ヲ明約スルノ必要ナシト謂フテ可ナリ此點ヨリ推論スルモ第三者ノ行爲ヲ目的トスル契約ハ無効ナリトスルハ其理由ナキモノナリ

新民法ハ此等一切ノ條項ヲ削除セリ而シテ起草者ノ説ク所ニヨレハ第三者ノ行爲ヲ目的トスル契約ヲ一般ニ無効ナリトスルハ却テ當事者ノ意思ニ背クモノナリト謂フニ在ルモ前後法條ノ關係ヨリ考察スレハ以上ノ如ク論斷

シテ可ナリ

契約ノ目的物ニ就キ尙ホ一言スヘキモノアリ舊民法ニ從ヘハ他人ノ利益ヲ目的トスル契約ハ無効ナリトノ法則ヲ認メタリ即チ財產編第三百二十三條第一項第二項ニ於テ要約者カ合意ニ付キ金錢ニ見積ルコトヲ得ヘキ正當ノ利益ヲ有セサルトキハ其合意ハ原因ナキ爲メ無効ナリ第三者ノ利益ノ爲メニ要約ヲ爲シ且之ニ過怠約款ヲ加ヘサルトキハ其要約ハ之ヲ要約者ニ於テ金錢ニ見積ルコトヲ得ヘキ利益ヲ有セサルモノト見做ストアリ蓋シ舊民法及ハ佛法等羅馬法系國ノ主義ニ從ヘハ吾人カ要約スル所ノ理由ハ自己ノ利益ヲ得ル爲ナリ毫モ利益ナクシテ要約スルカ如キハ殆ト狂妄ノ所爲ナリ故ニ自己ニ利益ナキ契約ハ全ク理由ナキ無原因ノモノニシテ隨テ其契約ハ無効ナリ而シテ其所謂利益ナルモノハ必ス金錢ニ見積ルコトヲ得ヘキモノナラサルヘカラス單ニ想像的ノ利益或ハ無形的ノ利益ニシテ毫モ金錢ニ見積ルコトヲ得サルモノハ縱令諸約者カ違約スルモ利益ナクハ訴權ナシト謂ヘル格言ノ適用ニヨリ制裁ヲ行フノ途ナシ何トナレハ是等想像的無形的ノ利益ハ法律上決シテ利益ト稱

セサレハナリ今當事者カ第三者ノ利益ノ爲メニ要約シタリトセムカ要約者ハ果シテ如何ナル利益アルヤ毫モ利益ヲ有セス利益ナクレハ原因ナク原因ナクレハ當事者間ニ成立スルコトヲ得サルモノナリトノ理由ニ依リテ單ニ第三者ノ利益ノ爲メニセシ其契約ハ無効ナリトス是レ舊民法ノ採用スル理論ナリ然レトモ新民法ハ此點ニ關シテモ亦全ク反對ノ規定ヲ爲セリ即チ第三百九十九條ニ曰ク「債權ハ金錢ニ見積ルコトヲ得サルモノト雖モ之ヲ以テ其目的ト爲スコトヲ得」ト而シテ債權ノ目的ハ債務即チ義務ノ目的ニシテ契約ハ其義務ヲ生スル一ノ原因ナルカ故ニ今此點ニ付キ新民法カ何故ニ第三百九十九條ノ如キ規定ヲ採用スルニ至リタルヤヲ説明スレハ同時ニ契約ノ目的ニ付キ法律ノ精神ヲ知ルコトヲ得ヘシト信ス

蓋シ新民法カ債權ノ目的ヲ單ニ金錢的ノ利益ニノミ限ラサルハ社會ノ進歩シタル今日ニ在リテ人事百般ノ關係モ極メテ複雜ト爲リ單ニ物質的(金錢的)有形の利益ノミナラス或ハ宗教上或ハ精神上學問上ノ利益ノ如キモ又取引關係ノ目的ト爲ルコト極メテ多シ而シテ實際ニ於テ其關係カ行ハレツツアリトス

スレハ法律モ又之ヲ保護スルノ必要アリ法律ハ人事百般ノ關係ヲ支配スルモノナラハ故ラニ債權ノ目的ヲ以テ一ニ金錢的ノ利益ニ限ルトスルノ主旨ヲ知ルニ苦ム殊ニ債權ノ目的ヲ以テ一ニ金錢的ノ利益ニ限ルノ結果或ハ金錢的ノ利益ヲ有セサルモノニモ強テ金錢的ノ利益ヲ有スルモノトシテ之ヲ有效ナラシムルコト往往行ハルルヲ見ル果シテ然ラハ實際ノ便宜ヲ律スルヲ以テ目的トスル法律ニ於テ精神上學問上ノ利益モ又物質的(利益)ト同シク之ヲ保護スルノ正鵠ナルコト推シテ知ルヘキナリ新民法カ契約ノ目的ニ付キ斬新ナル法理ヲ採用セルハ戰トシテ此理由ニ據ルモノトス故ニ契約上第三者ノ利益ヲ目的トセル要約ハ縱令何等ノ金錢的(利益)ナシトスルモ少クモ精神上ノ利益ナシトセス(報恩慈善等)其利益ニ基キ其契約ニ因リテ要約者カ債權者ト爲ルハ毫モ妨クナシ加之嘗テ説明セルカ如ク新民法ノ主義ニ從ヘハ契約ノ成立ニハ原因ナルモノヲ必要トセサルナリ

右ノ理ニ基キ新民法ハ舊民法ト相反對セル主義ヲ採用シ其結果トシテ財産編第三百二十三條及ヒ之ト牽聯スル同編第三百二十四條第三百二十五條ノ規定

ヲ削除セリ但シ第三者ノ利益ヲ目的トスル契約ニ因リテ第三者ハ之カ爲メニ權利ヲ取得スルヤ否ヤハ別問題ナリトス此事タル法律ハ第五百三十七條乃至第五百三十九條ニ於テ規定スルアリ將ニ契約ノ效力ノ部ニ於テ詳説スヘシ

## 第二項 當事者ノ意思

吾人ノ行爲ハ凡テ吾人ノ意思ノ發動ニ外ナラス吾人ノ意思ノ外部ニ表示セラレタルモノ之ヲ吾人ノ行爲ト謂フ故ニ所謂法律行爲ナルモノノ基本モ亦一ノ意思表示ニ外ナラス而シテ契約ナルモノハ當事者雙方ノ意思ノ合致ニ因リテ爲ル一ノ法律行爲ニシテ而モ法律行爲中ニ在リテ最も重要ナル地位ヲ占ムルモノナルカ故ニ契約ノ要素トシテ當事者ノ意思表示ナカルヘカラサルコトハ業ニ多言ヲ要セス而シテ其當事者ノ一方ノ意思表示之ヲ申込ト云ヒ他ノ一方ノ意思表示之ヲ承諾ト云フ尤モ當事者ノ意思表示アリテ此ニ契約ハ成立スト謂フモ抑モ契約ハ其意思ノ表示アルヤ直チニ成立スヘキモノナルヤ一方ノ申込ニ對シテ他ノ一方カ承諾セハ之ヲ以テ直チニ契約アリト謂フヲ得ルヤ當事者雙方カ相對シテ應答スル場合ニ於テハ別段之ヲ研究スル必要ナキカ如シト雖

モ若シ夫レ隔地者間ニ於テハ其契約成立ノ時期ヲ知ルハ最も重要ノコトナリ然レトモ此ハ後ノ項ニ至リ之ヲ説明スルコトト爲シ今ハ唯當事者ノ意思表示其モノニ付キ主觀的ニ其有效條件ヲ説明セリトス蓋シ契約ハ當事者ノ意思表示アリテ始メテ成立スルモノトスルモ其意思表示ニシテ法律上無効ノモノナリセハ結局當事者ノ意思表示ナキニ歸シ隨テ其契約ハ成立スルニ由ナシ尤モ意思表示ハ獨リ契約ノミナラス法律行爲全體ニ共通ノ法則ナルヲ以テ新民法ハ之ヲ總則編ニ規定セリ故ニ予輩ハ此ニ意思表示ヲ論究スト雖モ敢テ細目ニ涉ラス專ラ意思表示ニ要スル條件ヲ契約ニ適用シテ其要領ヲ摘示スルニ止マルヘキナリ

既ニ一言シタルカ如ク意思表示ハ當事者ノ意思ノ外部ニ發表セラレタルモノナルヲ以テ意思ト其表示トハ固ヨリ一致符合スヘキヲ以テ原則トスト雖モ或場合ニ於テ吾人ノ故意ヲ以テ又或場合ニハ吾人ノ錯誤ニ因リ若シハ他ノ強制力ニ因リテ眞意ニ非サル意思表示ヲ爲スコトナシトセス即チ意思ト表示ト符合セサル原因凡ソ三アリ故ラニ爲スモノハ故意其意ニ非ラサルモノハ錯誤、他

ノ強制ニ出タルモノハ強迫ナリ尤モ吾人ノ真意ト表示ト符合セサルカ爲メ直チニ其表示ヲ以テ無効ナリトセハ偶々之カ相手方或ハ又第三者タル善意者ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシムルコトナシトセス故ニ真意ニ非サル意思表示モ亦法律上有效ノモノトセサルヘカラサル場合トシテモ

先ツ意思ト表示ト符合セサル場合ヲ列舉シテ其效力如何ヲ一言セシ  
第一 故意ニ出タル場合

故意ニ出タル場合ハ尙ホ之ヲ二ニ細別ス

(一) 單獨的虚偽ノ意思表示ニシテ即チ當事者カ故ラニ其意思ニ非サルコトヲ表示シタル場合ナリ例ヘハ甲ナル家屋ヲ賣渡サントスルニモ拘ハラス故ラニ乙ナル家屋ヲ賣渡サントスルカ或ハ眞實贈與心ナキニ拘ハラス或物ヲ與ヘントスル意思ヲ表示セルカ如キ場合ニシテ即チ自己一人ニテ故ラニ虚偽ノ意思表示ヲ爲スモノナリ此ノ如キ意思表示ハ法律上之ヲ有效トセリ即チ其表意者ハ其表示ヲ以テ眞正ノ意思ニ非ストシ賣渡若クハ贈與ヲ拒ムコトヲ得サルモノナリ何トナレハ若シ之ヲ拒ムコトヲ得ルトセハ其相手方ハ之カ爲メニ動かラ

サル損害ヲ被ルヘク何人モ他人ノ言ヲ信シテ取引ヲ爲ス者ナキニ至ルヘシ加之法律ハ元來吾人ノ外部ノ行爲ヲ支配スルモノナリ然ルニ其意思ト表示ト符合スルヲ普通ノ狀態ナリトセハ法律上其表示セラレタル意思ヲ眞正ノ意思ト見ルハ少シモ不條理ノコトナシト信ス但シ相手方ニ於テ表意者ノ真意ヲ知りタルトキ又ハ知り得ヘカリシトキハ虚偽ノ意思表示ハ無効トス第九三條蓋シ相手方ニ於テ虚偽ノ意思表示ナルコトヲ知りツツ之カ爲メニ誤マラルル等ナカルヘク又虚偽ト知りツツ其意思表示ニ對シテ眞正ノ意思ヲ表示スルノ愚ヲ爲ス者ナカルヘキナリ

(二) 通謀的虚偽ノ表示即チ當事者カ其相手方ト通謀シテ虚偽ノ意思ヲ表示シタル場合ナリ例ヘハ自己ノ債務ヲ支拂ハサランカ爲メ一時其財産ヲ他人ノ名義ニ書換フルカ如シ表面ヨリセハ恰モ財産ノ讓渡ヲ爲シタルカ如シト雖モ其事實ハ固ヨリ虚偽ニシテ決シテ其所有權ハ移轉スルモノニ非スト謂ハサルヘカラス(第九四條尤モ此場合ト雖モ之カ爲メニ善意ノ第三者ヲ害スルコトヲ得ス例ヘハ虚偽ノ讓受人ヨリシテ更ニ善意ヲ以テ其財産ヲ讓受タル者アリト

セハ其讓受ハ全然有效ノモノトセサルヘカラス若シ然ラサルハ第三者ハ故ナク其財産ヲ追奪セラルルノ不幸ニ陥リ何人モ安心シテ取引スルコトナク所有權ノ安全ハ得テ期スルコト能ハサルニ歸スヘクレハナリ

此點ニ付テハ舊民法證據編第五十條ニ同一精神ノ規定アリ即チ舊民法ノ下ニ於テハ反對證書ハ第三者ニ對シテ效ナシト規定セリ然レトモ舊民法ノ規定ニ依レハ證書ヲ以テ反對ノ事項ヲ約スル場合ノミテ豫見セルカ如キ雖ヒアリ新民法ハ縱令口頭ヲ以テ約スル場合ト雖モ尙ホ理論ヲ異ニスヘキニ非ストシ口頭ト書面トヲ問ハス苟モ反對ノ約束成立スル以上ハ表面契約ハ無効ナリトシ面シテ一面ニハ善意ノ第三者ヲ害スルヲ得ストノ一般の規定ヲ爲セリ

第二 錯誤ニ出テタル場合

錯誤ニ因ル虛偽ノ意思表示モ又之ヲ二分ツヘシ

(一) 單純ノ錯誤ニシテ當事者カ自己ノ誤解ヨリ真正ノ意思ニ異ナリタル意思ヲ表示シタル場合ナリ此單純ノ錯誤ハ法律行為ノ要素ニ存スル場合ニ限リ其意思表示ヲ無効トス(第九條舊民法財産編第三〇九條乃至第三一一條例ヘハ

甲査(イ)ナル土地ヲ賣ラントスルニ拘ハラス(ロ)ナル土地ヲ以テ(イト誤認シ之ヲ賣ラント申込ミタルカ如キ又或ハ甲者ハ(イ)ナル土地ヲ賣ラント申込ミタルニ乙者ハ之ヲ以テ(ロ)ナル土地ヲ賣ルナラント誤認シテ之カ承認ヲ與ヘタルカ如キ又或ハ甲者ハ一物ヲ賣ルノ考ナリシニ乙者ハ之ヲ贈與ナラント信シテ其承諾ヲ與ヘタルカ如キ何レモ法律行為ノ要素ニ錯誤アリテ其意思表示ハ何等ノ效アルコトナシ

新民法ハ第九十五條ニ於テ錯誤カ法律行為ノ要素ニ存スル場合ニ限リ其意思表示ハ無効ナリト規定セリ而シテ此法律行為ノ要素ナル用贈ハ意味漠然トシテ其要領ヲ捕束スルニ苦ムノ嫌アリト雖モ新民法全體ノ通義ニ於テ又新民法理由書ニ就テ之ヲ觀ルニ所謂法律行為ノ要素トハ要スルニ其法律行為ニ因リテ當事者カ得ント欲スル目的ニ外ナラス故ニ前例ノ如ク契約ノ性質及ビ目的ニ存スル錯誤ハ所謂法律行為ノ要素ニ於ケル錯誤ナルノミナラス或場合ニハ錯誤契約ノ性質並ニ目的ノミナラス其契約ノ當事者モ亦其法律行為ノ要素ト看做ササルヘカラサル場合アリ例ヘハ贈與契約ノ如シ贈與契約ニ於テハ受贈

者ノ贈ナルコトハ實ニ贈與ヲ爲ス決意ノ原因ナルカ故ニ其贈與者ノ何人タルカハ贈與契約ニ於テハ尙ホ其法律行為ノ要素ト看做ササルヘカラス新民法ハ此點ニ付テハ廣ク法律行為ノ要素ナル一語ノ下ニ學者各自ノ解釋スル處ニ一任セリト雖モ舊民法ニ於テハ財産編第三百九條第三項ニ於テ此點ヲモ明言セヲ要スルニ新民法ノ所謂法律行為ノ要素ニ存スル錯誤モ舊民法ニ所謂合意ノ性質目的又ハ或場合ニ於ケル當事者ノ身上ニ付テノ錯誤ニ外ナラサルコト明カニシテ即チ用語ヲ異ニシテ其實體ヲ同シウスルモノト謂フヘシ尤モ舊民法ニ依レハ合意ノ性質並ニ目的外ニ尙ホ原因ノ錯誤ヲ以テ承諾ヲ阻却スルモノトセリ然レトモ之レ前ニモ述ヘタルカ如ク新民法ハ原因ヲ以テ誓テ契約ノ一原因トセス而シテ舊民法ノ所謂原因ノ錯誤モ或ハ當事者ノ意思或ハ契約ノ目的等常ニ他ノモノト混同スルモノナリ

又舊民法財産編第三百九條第四項ニ當事者ノ身上ノ著眼カ合意ノ附隨ノ原因タルニ過キサルトキハ其合意ハ身上ノ錯誤ノ爲メ單ニ取消スコトヲ得ト規定セリ例ヘハ金貸業者カ其金錢ヲ貸付スルニ付テハ借主ノ身代ノ多少如何ハ常

ニ其眼中ニ置ク所ニシテ甲者ハ十分資産アルカ故ニ之ニ對シテ金錢ヲ貸與スルノ意思ヲ表示シタルモ其相手方ハ甲者ニ非スシテ乙者ナリシカ如シ舊民法ハ此ノ如キ場合ニハ其人ヲ異ニシタルヲ以テ契約ノ取消ヲ求ムルコトヲ得ルモノトセルモ新民法ハ元來此ノ如キ場合ニ於テ其相手方ノ誰ナルコトハ少シモ法律行為ノ要素ニ關係ナキコトニシテ之カ爲メニ意思表示ノ效力ヲ左右スヘキモノニ非ストシ之ヲ採用セス

尙ホ舊民法ニ依レハ財産編第三百十條第一項及ヒ第二項ニ於テ物ノ品質又ハ品格ニ存スル錯誤カ當事者ノ決意ヲ助成シタルトキハ承諾ノ瑕疵ヲ爲スト規定セリ例ヘハ眞鍮時計ヲ金時計ナリト信シテ買受ケタルカ如キハ所謂品質ニ付テノ錯誤ニシテ下等米ヲ上等米ナリト信シテ取引セルカ如キハ品格上ノ錯誤ナリ是等ノ錯誤ハ結約者ノ爲メ非常ノ損失ヲ來スヘキヲ以テ此ノ如キ場合ニ於テ其契約ノ取消ヲ爲サシムルヲ至當ナリトシ之カ取消ノ原因ト爲シタルモノナリ然レトモ若シ當事者カ契約ヲ爲スニ當リ其目的物ノ品質又ハ品格ヲ誤リタルコトヲ理由トシテ其契約ヲ取消スコトヲ得ルトセハ凡ソ一物ヲ買取



ヲタル者ハ其物ノ鑑定ヲ誤リタルヲ理由トシテ其賣買ノ取消ヲ求ムルコトヲ得ルカ故ニ其結果タルヤ徒ニ健訟亂訴ヲ惹起シ取引ノ安全ハ得テ期スヘカラサルニ至ラン蓋シ物ノ品質品格ノ如キハ當事者自ラ責任ヲ以テ鑑定スヘキ所ニシテ若シ其取引ノ目的所定ノ品格品質ヲ必要ナリトセハ宜シク其相手方ヲシテ此點ニ付テ相當ノ保證ヲ立テシムルヲ良シトス此ノ如ク法律上擔保の手段ノ設アルニモ拘ハラス敢テ其方法ニ依頼スルコトヲ爲サス而シテ單ニ自己ノ鑑定ヲ誤リタルヲ理由トシテ其契約ヲ取消スコトヲ得セシムルハ前ニ述ヘタルカ如キ弊害アリテ毫ノ益ナシ故ニ新民法ハ品質品格ニ付テノ錯誤ハ之ヲ取消原因ト認メス要スルニ新民法ニ於テハ法律行為ノ要素ニ錯誤アル場合ニ於テハ其行為ハ絕對的無効ナリ其以外ニ於テ行為取消ノ原因ト認メス但シ法律行為ノ要素ニ錯誤ノ存スル場合ニ於テモ其表意者ニ重大ノ過失アルトキハ表意者ヨリ其無効ヲ主張スルコトヲ得ス(第九五條此規定ハ畢竟相手方ノ爲メニ一ノ賠償方法トシテ設ケタル便宜規定ニ外ナラス

(二) 詐欺ニ基ク錯誤トス元來詐欺ナルモノハ決シテ獨立シテ法律行為ノ取消

ノ原因ト爲ルモノニ非ス(財産編第三一二條第一項唯相手方ノ詐欺ニ因リテ意思表示ニ錯誤アルトキハ始メテ法律行為ノ取消ノ原因ト爲ルモノナリサレハ尙ホ其原因ハ錯誤ナリト謂ハサルヘカラス

既ニ前項ニ述ヘシカ如ク單純ノ錯誤ハ法律行為ノ要素ニ存スルニ非サレハ其行為ヲ無効ニ歸セシムルヲ得ス然ルニ詐欺ニ基ク錯誤ハ別ニ斯ル制限ナシ是レ其錯誤タルヤ相手方ノ詐欺ニ基キタルモノニシテ法律ハ原則トシテ入ノ惡意ヲ保護セス此場合ニ於テ契約ノ取消ヲ許ササレハ取モ直サス惡意者タル相手方ノ詐欺ヲ助成スルモノナレハナリ換言セハ當事者ノ一方カ詐欺ヲ行ヒタル場合ニ於テハ他ノ一方ハ少シモ過失ノ責ムヘキモノナシ縱令過失ノ責ムヘキモノアリトスルモ固ヨリ惡意アルコトナシサレハ結局被詐欺者ハ善意者ニシテ相手方ノ詐欺者ハ故意ヲ以テ他ヲ欺ク者ナレハ惡意者ニ外ナラス法律ハ善意者ヲ保護スルモ決シテ惡意者ヲ保護スルモノニ非ス

尤モ此詐欺ハ相對的ノ原因ニシテ相手方ノ施シタルモノニ非サレハ契約取消ノ原因ト爲ラサルヲ原則トス唯其例外トシテ第三者ノ詐欺ト雖モ相手方ニ於

テ之ヲ知リタルトキハ尙ホ取消ノ原因ト爲ルヘシ是レ相手方ハ表意者カ自由意思ヲ表示セルニ非サルコトヲ知レハナリ

### 第三 強迫ニ出テタル場合

此ハ他人ノ暴行有形的脅迫無形的ニ因リテ當事者カ意思ノ自由ヲ失ヒ則チ真正ナル意思ヲ表示シタル場合ニシテ例ヘハ或物ヲ與ヘサレハ故チ殺スヘシト白刃ノ下ニ之ヲ強要シ又ハ或物ヲ與ヘサレハ故チ不測ノ危害ヲ被ルヘシト威嚇スルカ如キ有形的無形的ニ畏怖心ヲ起サシメ其結果トシテ承諾ヲ得ルモノヲ謂フ

強迫ニハ自ラ強弱ノ程度アルヘク又被害者ニ依リテ其威嚇ノ程度ヲ異ニスルアリテ各人各箇ニヨリ其結果ヲ同シウセサル相對的ノモノナルカ故ニ或場合ニ於テハ其強迫ノ爲メニ表意者ヲシテ全ク利害ヲ判斷スルノ餘地莫カラシムルコトアリ此場合ニハ表意者ハ全ク意思ヲ欠缺スルヲ以テ其契約ハ根底ヨリ不成立ナリ又或場合ニハ表意者ニ判斷スルノ餘地ナキニ非サルモ強迫ノ爲メニ止ムヲ得ス不利益ナル意思表示ヲ爲スコトアリ是レ其表意者ハ所謂意思ノ

自由ヲ缺クモノニシテ而モ全ク意思ヲ欠缺シタルニ非ルヲ以テ契約ノ成立スルコトヲ妨クス然レトモ其契約タルヤ表意者ノ自由意思ニ因リテ成立シタルモノニ非サルカ故ニ法律ハ其強迫アルヲ理由トシテ契約ヲ取消スコトヲ得セシム即チ第一ノ意思欠缺ノ場合ニハ全ク意思ヲ有セサルヲ以テ契約ノ成立セサルハ勿論ニシテ法律ハ敢テ此事ヲ規定セス第二ノ自由欠缺ノ場合ニハ之ト異ナリ縱令意思ノ自由ヲ缺クモ契約ハ尙ホ成立セリ既ニ成立シタル契約ヲ更ニ取消スコトヲ許スニ付テハ特ニ第九十六條ノ法律規定ヲ要スルナリ  
舊民法財産編第三百十三條乃至第三百十七條ノ規定ハ皆是レ強迫ニ關スル一般ノ條理ヲ列舉シタルニ過キス即チ其第三百十三條第一項ハ全然意思欠缺ノ場合ヲ規定シ其契約ハ承諾ヲ阻却スト謂ヘリ蓋シ此場合ニハ表意者ハ恰モ暴行者ノ手足タリ器械タルニ過キス其表示シタル所ノ意思ハ表意者ノ意思ニ非スシテ全ク暴行者其人ノ意思ナリト謂フヘシ同條第二項ハ當事者ノ一方カ不可抗力ニ出テタル急迫ノ災害ヲ避クルカ爲メニ竊慮スルノ暇ナクシテ締結シタル不利益ナル契約モ亦承諾ノ阻却ヲ爲スト規定セリ例ヘハ天災地變ニ際シ

テ自己ノ身體財産ヲ保護セント欲シ過分ノ義務ヲ負擔スルカ如シ其理由トスル所ハ義務者ノ本心ヨリ出タル意思表示ニ非サルヲ以テ其契約ハ不成立ナラサルヘカラスト謂フニ在リ本項ハ新民法ト大ニ其精神並ニ規定ヲ異ニスル一點ナリ蓋シ舊民法ノ精神ニ依レハ強迫カ契約取消ノ原因ト爲ルハ戰トシテ表意者ニ畏怖心ヲ起サシムルニ由ルモノニシテ強迫カ契約取消ノ原因ト爲リ承諾ノ瑕疵ヲ爲スハ強迫其モノニ非スシテ強迫ニ因リ生スル所ノ畏怖心カ直接ノ原因ヲ爲スモノナリト謂フヘシ而シテ不可抗力ノ災害ニ遭遇シテ本意ナラサル契約ヲ取結フモ全ク其災害ヲ免レ得トスル畏怖心ニ外ナラス果シテ然ラハ等シク畏怖心ニ促サレテ生シタル契約ニシテ他人ノ強迫ト不可抗力トノ間ニ於テ其決定ヲ異ニスルノ謂アルヘカラスト約言スレハ強迫ノ場合ニ畏怖ニ因リテ締結シタル契約ナルヲ理由トシテ取消ヲ許容スルト同時ニ不可抗力ノ場合ニモ之ト同一ノ條件ヲ以テ又取消ヲ許容セサルノ理ナシト謂フニ在リ然レトモ若シ不可抗力ノ場合ニ締結シタル契約ナルヲ理由トシテ取消ヲ許ストモ何人モ猶テ他人ノ危急ヲ救フカ如キコト殆ト之レ無キニ至ルヘシ蓋シ

危急ノ場合ナルカ故ニ適當ノ報酬ヲ與ヘ適當ノ報酬ヲ得ルヲ以テ危險ヲ冒シテ其急ニ趣クモノニシテ是ニ由テ生シタル契約ヲ報酬ノ適當ナルヲ原因トシテ取消ヲ許スハ正當ナリト謂フヲ得ス況ヤ此場合ニ於テハ全然表意者カ意思ノ自由ヲ有セサルモノト謂フヲ得サルニ於テテヤ尙ホ一言スヘキハ強迫カ契約取消ノ理由ト爲ルハ論者ノ言ノ如ク表意者カ單ニ畏怖心ヲ生シ即チ意思ノ自由ヲ缺キタルカ爲メニ非ス他人ノ不法行為ノ爲メニ其自由ヲ失ヒタリト謂フヲ以テ根據トス故ニ天災ノ爲メニ意思ノ自由ヲ有セサルノ一事ヲ以テ其契約ヲ如何トモスルコト能ハサルヘシ唯事實問題トシテ天災ノ場合ト雖モ表意者ニ於テ全然意思ヲ欠缺スル場合ニ於テハ契約ノ成立セサルコト勿論タリ何トナレハ總テノ場合ニ意思ノ欠缺アリテハ契約ノ成立スルコトアルヘカラストハナリ唯幾分ト雖モ意思ノ自由ヲ存スルニ於テハ天災ノ爲メニ其表示ニ取消スコトヲ許サス之ヲ以テ新民法ハ第九十六條ニ於テ單ニ「強迫ニ因ル」トノミ曰ヒ以テ不可抗力ニ基ク場合ヲ除外スルノ意ヲ示セリ尙ホ舊民法財産編第三百十三第三項暴行強迫云云ノ條項災害ノ二字ハ前

述ノ理由ニヨリテ創除スレハ恰モ新民法ニ於テ採用シタル取消原因ト爲ルナリ唯舊民法ニハ當事者又ハ第三者ノ身體財産ノ爲メトアレトモ新民法ニ廣ク「強迫ニ因ル」トノミ規定シアルカ故ニ單ニ當事者ノミナラス第三者モ包含スルコトハ法文上疑ナキナリ又舊民法ハ「當事者又ハ第三者ノ身體財産ノ爲メト限ル」ヲ以テ却テ彼ノ名譽ノ如キモノハ此中ニ包含セサルヤノ嫌ナキニアラス故ニ新民法ニ於テハ敢テ其被害ノ目的物ヲ限ルコトナク隨テ名譽ニ對シテ強迫ヲ受タル場合ニモ尙キ取消原因ト爲ルヤ疑ヲ容レス次ノ第三百十四條ハ前論スルカ如ク強迫ナルモノハ素ト程度ニ因リテ決セラルヘキモノタルヲ以テ其程度ニ付テ執法者ニ向テ一ノ標準ヲ示タタルニ過キス以下第三百十七條迄ハ特ニ解說ヲ須フルノ要ナシ

以上ヲ以テ契約成立ノ第二要素タル意思表示ノ成立並ニ有效條件ヲ講了シタルモノトス

### 第三項 契約成立ノ時期

契約ハ當事者雙方ノ意思即チ申込ト承諾トニ因リテ成立スト雖モ其成立ノ時

期ハ果シテ何時ニアルカ詳言スレハ契約ハ固ヨリ相對的ノ行爲ナルヲ以テ一期ノ申込ノミニ因リテ到底成立スルニ由ナシト雖モ而モ其申込ニ對シテ相手方カ承諾ノ意思ヲ表示スレハ直チニ契約ハ成立スルモノナルカ或ハ其承諾ヲ相手方ニ通知スルニアラサレハ成立セサルモノナリヤ將タ又相手方ニ之ヲ通知スルモ其之ヲ受クタル相手方カ其承諾アリタルコトヲ了知スルニアラスハ契約ハ成立セサルモノナリヤ此問題タル今日ニ於テモ尙ホ殆ト未決ニ屬ス實ニ學說上未決タルノミナラス諸國立法例ノ上ニ於テモ亦種種其趣ヲ異ニスル所ナリトス畢竟此問題ニ付テハ三種ノ主義並ニ行ハレ居ルヲ見ル

第一 了知主義 即チ申込者カ承諾者ノ承諾アリタルコトヲ了知シタル時ニ於テ契約ハ始メテ成立スト謂フニ在リ此學說ニ依レハ本來契約ハ當事者雙方ノ意思ノ合致ニ成ルモノナレハ申込者ノ申込ニ對シテ承諾者カ承諾シタル旨ヲ申込者ニ於テ知了スルトキハ此ニ雙方ノ意思ハ一致投合シタルモノト謂フヘシ若シ夫レ一方ノ申込ニ對シ相手方カ之ヲ承諾スルモ申込者ニ於テ之ヲ知ラサルニ於テハ是レ唯二箇ノ意思カ別別ニ併立セルモノニ外ナラス申込者カ

承諾者ノ意思ヲ知ラサルニモ拘ハラズ之ヲ以テ意思ノ合致シタルモノトスルヲ得  
 ス若シ否ラスシテ相手方カ承諾ヲ表示シタルノミニテ契約ハ成立セルモノト  
 セハ茲ニ失當ノ結果ヲ生ス例ヘハ甲カ乙ニ或物ヲ賣渡サント申込ミ未タ  
 承諾ノ返信ヲ得サルニ先テ甲ヨリ申込ノ取消ヲ通知スルモ更ニ其效力ナキ場  
 合ヲ生スルコトアルヘシ而シテ甲カ取消ヲ發スル時ニ於テハ乙ノ果シテ承諾  
 シタルヤ否ヤハ未知ノコトニ屬シ其承諾ノ有無ノ知レサル間ニ於テモ尙モ甲  
 ハ其申込ニ付テ拘束セラレサルヘカラストセハ是レ承諾者ノ利益ヲ保護スル  
 ノ厚キニ失スルト同時ニ申込者ノ利益ヲ保護スルノ薄キニ失スルモノナリ約  
 言スレハ相手方ノ承諾ノ意思表示ノミヲ以テ契約成立スルコトトセハ契約ハ  
 當事者雙方ノ不知ノ間ニ成立スルモノト謂ハサルヘカラス當事者雙方ノ意思  
 ニ因リテ成立スル所ノ契約カ當事者雙方ノ不知ノ間ニ成立スト謂フハ奇怪ノ  
 コトナリ故ニ曰ク契約ハ申込者カ承諾ヲ知了シタル時ニ於テ始メテ成立スル  
 モノト謂フヘシト

此說ハ佛國鴻儒「ローラン」氏伊國碩學「ヒオーレ」氏等ノ唱道シタル所ニ係リ又

現ニ法典トシテハ埃國民法ニモ採用セラレタル主義トス

第二 表示主義又發信主義ト云フ 即チ申込ニ對シテ相手方カ承諾ノ意思ヲ  
 表示スルヤ同時ニ契約ハ成立スト云フニ在リ例ヘハ契約者雙方互ニ地ヲ隔ツ  
 ルモノトセハ甲ノ申込ニ對シ乙ヨリ承諾シタル旨ノ通知ヲ發スルヤ是ト同時  
 ニ契約ハ成立シ甲ノ許ニ其通知カ到達スルコトモ又ハ甲ニ於テ之ヲ知了スル  
 コトヲモ要スルコトナシ

此學說ニ依レハ蓋シ丁知主義論者カ申込者ニ於テ承諾ノアリタルコトヲ知リ  
 得タル上ニアラサレハ意思ノ合致ナク隨テ契約ハ成立セスト論スルハ已ニ藥  
 ニ譏マレリ元來條件ヲ以テノ申込ニ對シ同一ノ條件ヲ以テ承諾ノ意思ヲ表  
 示スルヤ當事者雙方ノ意思ハ此ニ相合致シタルモノト謂ハサルヘカラス何ト  
 ナレハ當事者雙方ノ希望ハ毫モ相抵觸スル所アルヲ見ス果シテ抵觸スル所ナ  
 カランカ雙方ノ意思ハ實ニ相投合シタルモノト云フヘシ若シ否ラスシテ第一  
 主義ノ如ク申込者ニ於テ承諾ヲ了知スルコトヲ必要トセハ多クノ場合ニ在リテ  
 隔地者間ニハ殆ト契約ヲ締結スルコト能ハサルノ恐ナシトモス例ヘハ東京ノ

甲ヨリ大坂ノ乙ニ或物件ヲ讓渡スコトヲ申込ミタルモ乙ハ甲カ中途ニ於テ其申込ヲ取消スコトヲラシモ圖リ難キヲ慮リテ輒ク承諾ヲ表示スルコトヲ得ス又甲ニ於テモ警ヒ乙ニ於テ一旦承諾ヲ表示スルモ或ハ中途之ヲ變スルノ恐ナシトセサルカ故ニ現ニ舊法典ノ如キハ承諾モ又之ヲ取消スコトヲ得ルモノト規定セリ(雙方共ニ不安心ノ地位ニ立テ終ニ取引ノ安全ヲ期シ難キニ至ラン)加之一方ノ申込ニ對シテ一旦承諾シタルニモ拘ハラス更ニ之ヲ取消スコトヲ得ルカ如キハ法律上ノ議論ハ暫ク措キ德義上ヨリ論スルモ卑劣ノ行爲タルコト免レサルヘタ又之ヲ實際ニ徵スルモ申込者ニ於テ承諾ヲ了知シテ始メテ契約成立スルトセハ勢ヒ申込者ニ於テ果シテ承諾ヲ了知シタルヤ否ヤノ點ニ付テ事實上ノ爭ヲ惹起ササルヘカラス而モ此問題タルキ承諾者ヨリ之ヲ立證セシムルハ頗ル困難ナルヘキカ故ニ何レニスルモ第一主義ハ申込者ノ爲メニハ或ハ好都合ナルヘキモ承諾者ニ取リテハ極メテ不利益ニシテ平等ノ地位ニ立テヘキ當事者雙方ヲ遇スルノ間ニ厚薄ノ謗アルコトヲ免レス要スルニ第二ノ主義ニ從ヘハ契約ハ申込ト承諾ノ一致セルモノニ外ナサルヲ以テ其成立ニハ申込ノ取

消アラサル以前ニ承諾ノ表示ナカルヘカラス而シテ一旦承諾アルヤ契約ハ此ニ成立シテ申込ハ又再ヒ之ヲ取消スル途ナキモノト爲リ承諾モ又之ヲ取消スル由ナシト謂フニ在リ故ニ或ハ第一主義ノ論者ヲシテ言ハシメハ第二主義ハ承諾者ヲ保護スルノ厚キニ失スルモノナリトノ非難ヲ容ルルニ於テ躊躇セサルヘシ此第二主義ハ佛國名儒ドモロンブ氏等ノ主張スル所ニシテ新民法第五百二十六條モ蓋シ此主義ヲ採用シタルモノナリ

第三 受信主義 恰モ第一第二兩主義ノ中間ニ位スル折衷主義ニシテ餘リ勢力アル學說ニハ非サルモ序ニ一言シ置クヘシ其主義ニ曰ク契約成立ノ時期ハ承諾ヲ表示スルノ時ニ在ラス又承諾ヲ了知シタル時ニ在ラス其承諾ヲ申込者ノ知ルト知ラサルトニ拘ハラス申込者ニ到達シタル時ニ在リ詳言スレハ第一主義ノ如ク申込者カ承諾ヲ了知シタルコトヲ要ストスレハ徒ニ事實上ノ爭ヲ惹起スルニ過キサレヘタ又第二主義ノ如ク承諾ヲ表示スレハ直チニ契約成立スト謂フカ如キモ未タ不十分タルヲ免レス何トナレハ申込者ニ於テ承諾ヲ了知シタリト看做シ得ヘキ餘地ナクハナリ故ニ當事者雙方ノ利益ヲ折衷スレハ

契約ハ承諾ノ通知カ申込者ニ到達シタル時ニ於テ始メテ成立スルモノト見サ  
ルヘカラスト謂フニ在リ然レトモ凡ソ折衷主義ナルモノハ理論上貫一シタル  
學說ト觀ルコトヲ得サルモノニシテ即チ反對ノ學者ヲシテ言ハシメハ果シテ  
第一主義ノ如クニ申込者カ承諾ヲ了知スルコトヲ必要トセハ何故ニ申込者ニ  
承諾ノ到達スルコトヲ必要トスルカ又第二主義ノ如クニ承諾ヲ表示シタルノ  
ミニシテハ不十分ナリトセハ何故ニ相手方ニ到達スルコトヲ要スルカ毫モ理  
論ノ貫徹セルヲ見ストノ非難ヲ免ル能ハサルヘシ蓋シ此第三主義タル理論ハ  
之ヲ措キ寧ロ專ラ實際ノ便宜ニ基キタルモノナリ故ニ實際ノ便宜ヨリ考アレ  
ハ此主義モ亦強チニ排斥スヘキモノニ非サルヘキカ現ニ新民法ニ於テモ契約  
ニ付テハ此主義ヲ採用セサルモ一般ノ意思表示ニ付テハ第九十七條ノ規定ニ  
於テ是同主義ノ規定ヲ採用シ居レリ  
以上ノ三説ハ各自其論據ヲ有スルモノニシテ一概ニ軒輊スヘキニ非ス隨テ吾  
人一己ノ私言ヲ以テ之ニ賛否ノ論辯ヲ費スノ要ナキヤ知ルヘカラスト雖モ若  
シ吾人ヲシテ純然タル理論上ヨリ考察セシメハ契約ハ申込ニ對シテ承諾ノ意

思ヲ表示スルハ此ニ成立スルモノトスル所謂表示主義ヲ以テ最モ理論ニ適合  
シ又契約ノ眞理ニ適フモノト信シテ疑ハス何トナレハ當事者雙方ノ意思ハ一  
方ノ申込ニ對シテ他ノ一方カ承諾ヲ表示スルト同時ニ一致投合セラレタルモ  
ノニシテ彼ノ第一主義ノ如クニ申込者カ承諾ヲ了知シテ始メテ意思ノ合致セ  
ルモノト謂フカ如キハ雙方ノ意思ノ合致ト一方ノ意思ノ了知トヲ混同シタル  
モノナリト謂ハサルヘカラスト苟モ申込者ノ意思カ承諾者ノ意思ト相符合スル  
ニ於テハ雙方ノ希望ハ此ニ達セラレタルモノナルカ故ニ毫モ契約ノ成立ヲ妨  
クルノ理アルナシ若シ第一主義ノ如ク申込者ニ於テ承諾ヲ了知スルコトヲ要  
ストセハ恰モ契約ハ當事者雙方ノ意思ノ合致ノ外ニ更ニ申込者ニ於テ承諾ヲ  
了知セサルヘカラスト謂フ一ノ條件ヲ附加スルモノタリ元來申込者カ或條件  
ノ下ニ申込ヲ爲スヤ其申込者ノ意思タル承諾者ニ於テ同一條件ヲ甘諾セシヤ  
ヲハ自ラ其申込ニ拘束セラルヘキコトヲ豫期シ居ルヘキ筈ナリサレハ同一條  
件ヲ以テ承諾ヲ表示セラルルヤ決シテ之ヲ拒否シ得ヘキモノニ非ス之ヲ拒否  
シ得ヘキニ非ストセハ申込者カ其承諾ヲ了知セサルモ契約ハ成立シタリトス

ルモ何等ノ不都合アルコトナシ換言スレハ承諾ヲ了知スルモ了知セサルモ申込者ハ其承諾ノ下ニ拘束セラルヘキヲ以テ當然ナリトス爾テ承諾者ノ側ヨリ之ヲ觀察スルモ又同シ苟モ一方ノ意思表示ニ對シテ自己ノ意思ヲ表示シタル上ハ之ヲ表示スルト同時ニ其意思ニ因リテ拘束セラルヘキハ當然ナリ

了知主義ノ論者ハ表示主義ハ承諾者ヲ保護スルノ厚キニ失スト非難スレトモ焉ン知ラゾ了知主義ヲ以テスルトキハ申込者ニ於テ承諾ヲ了知セサル間ハ承諾ヲ取消スコトヲ得ルニアラスヤ此ノ如キハ承諾者ヲ保護スル厚キニ失シ却テ契約ノ成立ヲ不安全ナラシムルモノナリ

予輩ハ決シテ契約ノ成立ニ關シテノミ此表示主義ヲ是認スルモノニ非ス一般法律行為ノ要素タル意思表示ノ原理ニ於テモ又然ラサルヘカラサルモノト信ス何トナレハ意思表示ハ表意者ノ行為ナルカ故ニ表意者ニ於テ自己ノ權内ニアルコトヲ爲シ盡シタルトキハ其行為即チ意思表示ハ完全ニ成立シタルモノト謂ハサルヘカラス相手方ノ之ヲ知ルト知ラサルトハ全ク事實上ノ結果ニ外ナラサレハナリ而シテ契約ニ於ケル承諾ナルモノハ取りモ直サス一方ノ申込

ニ對スル相手方ノ意思表示タルコトハ勿論ナリトス

予輩ノ信スル所此ノ如シ而シテ新民法ハ第五百二十六條ニ於テ隔地者間ノ契約ニ付テハ全ク此表示主義即チ發信主義ヲ採用シ居レトモ現在者間即チ兩兩相對座スル場合ノ契約ニ付テハ更ニ何等ノ規定ヲ下シタルモノアルヲ見ス此ニ於テ論者或ハ曰ク新法ハ隔地者間ノ契約ニ付テハ發信主義ヲ採用シ居ルモ是レ隔地者間ニ限ラレタル變則ノ規定ナリ變則ノ場合ニ關スル規定ヲ以テ一般普通ノ場合即チ現在者ノ契約ニ適用スルコトヲ得ス須ラク現在者間ノ契約ニ付テハ法理上ヨリ之ヲ論定セサルヘカラス而シテ法理上ヨリ論下スレハ了知主義ヲ以テ最モ適切ノモノナリトス惟フニ法律ヲ單ニ隔地者間ノ契約ノ場合ニ付テノミ此ノ如キ規定ヲ爲シタルハ現在者間ノ契約ニ付テハ別箇ノ主義ヲ採用シ居ル所以ナルヘシ否ラスレハ特ニ隔地者間ノ契約ニ付テ規定スルノ要ナシト立論多少見ル可キナキニ非スト雖モ立法者ノ精神ニ於テハ決シテ否ラス蓋シ現在者間ノ契約ハ即時ニ成立スルモノニシテ即チ申込者ノ申込ニ對シテ承諾者カ承諾ヲ與フレハ申込者ハ直チニ之ヲ知得スルコトヲ得ヘキカ故



ニ法律ニ於テ特ニ其契約成立ノ時期ヲ規定スルノ要ナシ詳言スレハ現在着聞ノ契約ニ於テハ承諾ノ意思ヲ表示スルトキハ申込者カ承諾ヲ了知スルトキト殆ト同時ニ授合シテ分ツコト能ハサルモノナルカ故ニ表示主義ヲ以テスルモ了知主義ヲ取ルモ將タ受信主義ナラサルヘカラストスルモ毫モ實際ノ結果ニ於テ異動ヲ生スルモノニ非ス即チ實用アラサルヲ以テ之ヲ規定スルノ必要ナシト謂フノ意ニ外ナラサルナリ論者ノ如キ反對推論ノ論法ハ或場合ニハ其當ヲ得ルコトアルヘキモ本問ノ如キ場合ニ採用スヘキ論法ニ非ス

要スルニ新民法ノ下ニ於テハ契約ハ現在者間ナルト隔地者間ナルトヲ問ハズ承諾ノ表示アリテ此ニ全ク成立スルモノナリト解スルコトヲ得又此ノ如ク論定スルヲ以テ相當ナリトス

#### 第四項 申込及ヒ承諾ノ效力

第一 申込ノ效力

抑モ申込者ニ於テ一旦申込ヲ爲シタル以上ハ其申込ハ永久ニ繼續スヘキモノナルヤ否ヤ換言スレハ(一)一度申込ヲ爲スモ即時ニ又ハ或時期ノ間ニ承諾ヲ與

ヘサルトキハ申込ハ之ニ因リテ當然消滅スルヤ否ヤ(二)又一度申込者ニ於テ申込ヲ爲シタル以上最早之カ取消ヲ爲スヲ得サルヤ即チ申込者ハ之ニ因リテ始終拘束セラルヘキヤ否ヤ此二箇ノ疑問ハ畢竟申込ノ效力ニ關スル重要ノ問題ナリ以下順次予輩ノ所考ヲ述ヘン

(一) 申込ハ永久ニ繼續スヘキヤ如何 予輩ハ原則トシテハ一旦申込ヲ爲シタル以上ハ其申込ハ永久ニ繼續スヘキモノナリト信ス何トナレハ申込ハ即チ一ノ意思表示ニシテ而シテ意思表示ハ即チ表意者ノ行爲ナルカ故ニ苟モ表意者ニ於テ其意思ヲ知ラシムルカ爲メニ適當ノ方法ヲ盡シタル以上ハ其意思表示ハ完全ニ成立シタルモノト謂ハサルヘカラス苟モ意思ノ欠缺又ハ意思ノ自由ヲ缺ク如キ内部ノ要素ヲ缺如スルカ否ラズンハ其意思表示ニ付テ更ニ取消ノ手續ヲ爲スカ何レニシテモ特別ノ事由ノ存セサル限ハ依然効力ヲ繼續スヘキコト蓋シ當然ノ條理ナレハナリ此原則ヨリシテ下ノ如キ論定ヲ下スコトヲ得ヘシ

(イ) 申込者カ申込ヲ爲ストキ即チ意思表示ヲ當時既ニ死亡シ又ハ能力ヲ喪

失シ居リタルトキハ其申込ハ全ク效力ヲ有セス何トナレハ此場合ニ於テハ其申込ノ當時ニ於テ既ニ表示者ナルモノ存セス表意者ナクシハ意思ノアルヘキ筈ナシ又譬ヒ表意者アリトスルモ其人ハ既ニ能力ヲ喪失セシ無能力者ナルヲ以テ無能力者ノ意思表示ハ結局表意者ナキト同一視スヘキモノナレハナリ既ニ申込ナルモノ存セストスレハ申込ナクシテ承諾ヲ想像シ得ヘキ筈ナク申込ナク承諾ナクシハ到底契約ノ成立スヘキ謂レアルコトナシ

(ロ) 申込者カ申込ヲ爲シタル後ニ於テ死亡シ又ハ能力ヲ喪失スルモ爲メニ申込ハ其效力ヲ失ハス何トナレハ意思表示ノ一ナル申込ハ其之ヲ通知シタルト同時ニ完成シ之カ效力ヲ生スルモノナレハナリ第九十七條第二項ニ於テ表意者カ通知ヲ發シタル後ニ死亡シ又ハ能力ヲ失フモ意思表示ハ之カ爲メニ其效力ヲ妨クルアルコトナシトアルハ此法理ノ適用ニ外ナラス第九十七條第二項ハ隔地者間ニ於ケル意思表示ニ付テ規定セル第一項ニ對スル例外ノ如キ觀アルモ意思表示ノ本質ヨリ論スルトキハ寧ロ此例外ヲ以テ本則ト見サルヘカラス此點ニ付キ帝國議會ニ於ケル特別委員會ノ議事録又ハ草

案理由書ヲ參照スルニ立法者カ第九十七條第一項ニ「隔地者間ニ於ケル意思表示ハ通知ノ相手方ニ到達シタル時ヨリ其效力ヲ生ス」トノ規定ヲ爲セルモ強テ是ヲ原則ト認メタルニ非サルヲ知ルヘク又本章第五百二十六條ニ「隔地者間ノ契約ハ承諾ノ通知ヲ發シタル時ニ成立ス」ト規定セルモ尙キ第九十七條第一項ニ對スル例外ニ非サルコトヲ表白セリ第九十七條第一項ニ意思表示ノ到達シタル時テ效力發生ノ時期トセルハ專ラ諸種ノ催告・債權讓渡ノ告知其他單獨ナル意思表示ノ場合ヲ考察セルモノニシテ契約ノ如キ相對的行爲ニ付テ右ノ規定ヲ適用スルハ不都合ナリ又實際ノ便宜ニ關シテ實業者ノ意見ヲ徵シタルモ契約ニ付テハ表示主義ヲ以テ至當ナリトセルニ因リ契約ノ場合ニ至リテ表示主義ヲ採用セラレタリ皮想ノ見ヲ以テスレハ總則ノ規定ハ契約ノ場合ノ規定トハ恰モ原則ト例外トノ關係アルモノノ如キ感ナキニ非スト雖モ法律ノ精神ハ汎シテ否ラサルコトハ之ヲ徵證シテ餘リアリトス

要スルニ申込者ノ申込ヲ爲シタル後死亡シ又ハ能力ヲ喪失スルモ敢テ關ス

ル所ニ非ス其申込ニ對シテ承諾者カ承諾ヲ表示スルヤ此ニ契約ハ成立スヘキナリ惟フニ此論定ニ對シテハ多少ノ非難アルヲ知ルヲ得スト雖モ予輩ノ考ニテハ畢竟申込ト謂フ意思表示ハ申込者ノ生前能力喪失前ニ於テ既ニ完結シ且ツ其效力ヲ生シツアルモノナルヲ以テ其後ニ發生シタル死亡又ハ能力喪失ノ事實ニ因リテ之カ效力ヲ失フヘキ所以アルヘカラスト信スサレハ此場合ニ於テハ其申込ノ效力ニ對シテハ利害共ニ相續人カ繼續スヘキモノナリ

論者或ハ曰ハシ此ノ如ク表意者即チ申込者ノ死亡又ハ能力喪失ノ場合ハ舊ク之ヲ除外スルモ其他總テノ場合ニ於テ申込ナルモノハ決シテ永遠ニ繼續セルモノト謂フヲ得サルヘシ其申込ノ性質上自ラ承諾ノ期間ヲ包含シ居ルモノナリ而シテ其期間内ニ承諾ナクシテハ申込ノ效力ハ之ニ因リテ消滅スヘキモノナラサルヘカラスト此議論ハ主トシテ實際上ノ便宜ヨリ立論スル所ノモノニシテ例ヘハ商業取引ノ如キハ概シテ迅速敏捷ナラント希望スルモノナルニ一度爲シタル申込ノ效力カ數年間繼續スト謂フ如キハ決シ

テ實際ノ便宜ニ合ヒタルモノニ非ス是レ商法第二百六十九條及ヒ第二百七十條ノ如キ規定アル所以ニシテ申込ノ繼續スヘキ期間ナルモノハ自ラ限定セラレサルヘカラスト又普通民事上ノ契約ニ付テ考フルモ損敗腐滅ノ恐アル如キ物品ニ付テ申込爲シタル場合ニハ其物ノ性質ニ隨テ成ルヘク相當ノ期間ニ承諾ヲ與フルヲ當然ナリトス之ニ反シテ又壯年ノ人カ老後ノ計畫ニ充ツル隱宅ヲ求メントシテ土地家屋ノ買入ヲ申込ミタリトセシカスル申込ハ決シテ短キ期限ノ間ニ其希望ヲ達セントスル主旨ニ在ラス二年三年繼續スルモ尙ホ隱宅ヲ求メントスルノ意ナルヲ知ルヘシ然レトモ亦自ラ期間ノ存スルコト疑フヘカラスト是ニ由リテ之ヲ觀レハ凡テ契約ノ申込ナルモノハ其性質ノ如何ニ依リテ繼續期間ヲ定ムベキモノニシテ而シテ其期間ノ長短如何ハ全ク事實問題ナリ事實問題ナレトモ事實上決シテ永久ニ繼續スヘキモノニ非スト

蓋シ今年申込ヲ爲シ十年ノ後之ニ對スル承諾アリテ爲メニ拘束セラルト謂フカ如キハ實際上不都合ナキニ非サルモ予輩ノ所信ヲ以テスレハ(第一)論者

ノ如ク契約ノ申込ニハ必ス其性質上自然ニ承諾ノ期間ヲ包含スルモノト斷定スルハ已ニ業ニ其當ヲ失スルモノナリ何トナレハ例ハ新聞ノ廣告等ニ於テ屢ニ其例ヲ見ル所ノ何何ノ事ヲ約セシ何時ニテモ之ニ應ゼント謂フカ如キ申込ハ決シテ其申込ニ付テ承諾ノ期間ナルモノ存スルノ理ナシ何時ニテモト謂ヘルモノニ期間ノアルヘキ筈ナシ而シテ此ノ如キ事例ハ世間數テ擧シトセス(第二)ニ申込其モノニ凡テ承諾ノ期間アルモノトスレハ第五百二十一條以下ノ如キ規定ヲ要スル筈ナシ換言スレハ法律ヲ以テ承諾ノ期間ヲ定メテ申込ヲ爲シタル場合ト否ラサル場合トヲ區別スルノ要ナシ(第三)ニ論者ノ引用スル所ノ商法第二百六十九條第二百七十條及ヒ本法第五百二十一條以下ノ如キ規定ヲ要スルハ究極實際ノ便宜ニ基キタルモノナリ實際ノ便宜ニ於テ特更ニ此ノ如ク區別シ之ヲ制限スルノ必要アルヨリ此ニ特別ノ明文ヲ要スルモノニ外ナラス故ニ此等明文ノ規定ハ却テ予輩ノ論旨ヲ確ムルモノト謂ハサルヘカラス

上來論スル所ニ依リ第一疑問ニ對シテハ原則トシテ申込ハ一旦之ヲ爲シタ

ル以上ハ其效力ヲ永久ニ繼續スルモノナリト斷言ス但シ此原則ニ對シテハ第五百二十五條ニ一例外アリ曰ク(第九十七條第二項)規定ハ申込者カ反對ノ意思ヲ表示シ又ハ其相手方カ死亡若クハ能力喪失ノ事實ヲ知リタル場合ニハ之ヲ適用セスト詳言スレハ隔離者間ニ於ケル申込ニ付テハ申込者カ通知ヲ發シタル後ニ死亡シ又ハ能力ヲ喪失シタル事實ヲ承諾者ニ於テ知リタル場合又ハ申込者カ死亡能力喪失ノ場合ヲ豫見シテ反對ノ意思ヲ表示シタル場合等ニ於テハ申込ハ其效力ヲ失フト謂フニ在リ何故ニ此例外ヲ設ケタルカト云フニ畢竟承諾者ニ於テ自ラ其事實ヲ承知シタル上爲シタル承諾ナルニ於テハ之カ爲メニ計ラレサル損害ヲ被ルノ虞ナクレハナリ是レ新民法カ舊民法財産編第三〇八條第四項ト同シク此場合ニ限り申込ハ其效力ヲ失フトノ主義ヲ採用シタル所以ナリ

(二) 申込ハ一旦之ヲ爲シタル以上ハ取消スコトヲ得サルヤ否ヤ 申込ニ對シテ相手方カ承諾ノ意思ヲ表示スルヤ契約ハ此ニ成立スルコトハ已ニ諸君ノ知悉スル所ナリ故ニ相手方カ承諾ヲ表示シタル以上ハ最早申込ハ之ヲ取消ス

ト能ハサルハ固ヨリ論ナシ之ニ反シ相手方カ未タ承諾ヲ爲ササル間ハ申込ハ  
 申込者ノ單獨意思ニ憑キサルヲ以テ相手方ヲ拘束スルニ足ラサルコトハ勿論  
 申込者モ又之カ爲メニ拘束セラルヘキモノニ非ス随テ何時ニテモ其申込ヲ取  
 消シ又ハ變更スルコトヲ得ト謂フヲ以テ本則トス何トナレハ自分一己ノ意見  
 ニ因リテ已レ自身カ拘束セラルヘキ道理アルコトナク又自身一己ノ考ハ自分  
 ニ於テ如何ニ變更スルモ固ヨリ自己ノ隨意ナルヘキ場合ナレハナリ例ヘハ申  
 込者カ或物品ヲ何程ニテ賣渡サント使テ以テ相手方ニ申込ミタリ然ルニ急遽  
 其考ヲ變シ使テ馳セテ未タ申込ノ先方ニ到達セサル中途ニ於テ其申込ヲ取消  
 シタリ此取消ノ有效ナルコトハ勿論ナルノミナラス其申込カ相手方ニ到達シ  
 タル後ニ於テモ未タ相手方カ承諾ヲ表示セサル以前ニ於テハ尙ホ且ツ取消ヲ  
 爲シ得ヘキモノトス何トナレハ前述セル如ク理論上ヨリ云フモ申込者自身カ  
 自分ノ申込ニ因リテ束縛セラルル筈ナク又相手方ニ於テモ未タ承諾ヲ表示セ  
 サルニモ拘ハラス承諾シタリト主張シ得ラルヘキ筈ナクレハナリ換言スレハ  
 承諾セサルニモ拘ハラス申込者ヲ羈束シ得ヘキ理由ナクレハナリ要スルニ本

則トシテ相手方ノ承諾ナキ以上ハ申込者ハ申込ヲ取消スコトヲ得ト謂フヘシ  
 之ヲ裏面ヨリ云ヘハ承諾アリタル後ハ申込ヲ取消スコトヲ得サルカ故ニ承諾  
 ノ有無ハ即チ申込取消權ノ限界ナリトス

此本則ニ對シテハ法律上三箇ノ例外アリ

(イ) 承諾期間ヲ定メテ申込ヲ爲シタル場合 此場合ニ於テハ一面ニハ申込者  
 ニ於テ其期間内ハ取消ヲ爲ササル旨ノ意思ヲ表示シタルモノト推定スルコト  
 ヲ得ルノミナラス一面ニハ相手方モ又其期間ノ存スルニ依順シテ直チニ承諾  
 ノ通知ヲ發スルコトヲ爲サス之ヲ發セサル前ニ於テ種種ノ準備ヲ爲シツツア  
 ル場合ナキニシモアラス然ルニ其申込ノ取消ヲ有效ナリトセハ承諾者ハ爲メ  
 ニ計ラレサル損失ヲ被ルノ恐れアルヘク且ツ申込者ノ意思ニモ反スルカ故ニ  
 第五百二十一條第一項ニ於テ承諾ノ期間ヲ定メテ爲シタル契約ノ申込ハ之ヲ  
 取消スコトヲ得スト規定セル所以ナリ而シテ是レ現在者間ナルト隔地者間ナ  
 ルトヲ問ハス等シク適用セラルヘキ法則ナリトス此ノ如ク其期間内ハ申込ノ  
 取消ヲ爲スコトヲ得スト雖モ而モ其申込ハ期間後ニ於テ尙ホ效力ヲ有スヘキ

ニアラス同條第二項ニ曰ク申込者カ前項ノ期間内ニ承諾ノ通知ヲ受ケサルト  
キハ申込ハ其效力ヲ失フト元來申込ハ何時迄モ取消ノ手續ヲ爲ササル間ハ效  
力ヲ有スルヲ本則トスルモ此場合ニ於テ其期間内ニ承諾ノ通知ヲ受ケサル  
トキハ申込ノ效力ヲ失フモノトセルハ他ニアラス蓋シ承諾ノ期間ヲ定メテ申  
込ヲ爲シタルニモ拘ハラス其期間内ニ承諾ノ通知ナキトキハ申込者ニ於テ相  
手方ハ其申込ヲ拒絶シタルモノト推測スルハ當然ナリ隨テ申込者ハ或ハ同一  
ノ目的ニ關シテ他人ト更ニ取引關係ヲ爲シ居ルヤモ計ルヘカラス然ルニ前  
申込ハ尙キ其效力アリ隨テ相手方カ之ニ對シ承諾ヲ表示スルヤ契約ハ成立ス  
トセハ申込者ハ計ラレサル損害ヲ被ルノ恐アルヘキカ故ニ申込者ノ利益ヲ考  
察シテ法律ハ特ニ第二項ノ規定ヲ設ケタルモノナリ此ノ故ニ本項ノ規定ナカ  
リセハ申込ハ期間後モ尙キ永久ニ效力アリト論定スルノ外ナキナリ  
ロ) 隔地者ニ對シテ承諾ノ期間ヲ定メスシテ申込ヲ爲シタル場合 此例外ハ  
隔地者間ノ場合ノミニ限ルモノナリ第五二四條而シテ此場合ニ於ケル申込ハ  
取消スコトヲ得ルヤ否ヤノ點ニ付テハ諸國立法例ノ上ニ於テ三箇ノ主義行ハ

ル

第一主義ハ申込者カ何等ノ拘束ヲ受ケス即チ何時ニテモ取消スコトヲ得ル  
ト謂フニ在リ

第二主義ハ申込者ハ相當ノ期間内ニ申込ヲ取消スコト能ハサルモ其期間後ハ  
申込ハ當然效力ヲ失フト謂フニ在リ

第三主義ハ申込ハ相當ノ期間内ニ於テ取消スコト能ハサルコト第二主義ト同一  
ナルモ又相當ノ期間後ニ於テモ尙モ取消ヲ爲ササル間ハ申込ハ其效力ヲ有  
スト謂フニ在リ

第一主義ハ申込者ヲ無責任トスルモノニシテ契約取引ノ安全ヲ害スルコト極  
シトセズ又第二ノ主義ハ事ノ迅速ヲ尙フ所ノ商取引ニ於テハ往往好結果ヲ奏  
スルコトナキニアラサレトモ常ニ當事者ノ意思ニ投合シタル結果ヲ生スルモ  
ノト謂フヲ得ス蓋シ一片ノ通知ヲ以テ申込ノ取消ヲ爲スコトヲ得ル以上ハ第  
三主義ノ如ク此通知ヲ爲スコトヲ命シ通知ナキ間ハ何時迄モ效力アルモトス  
ルモ曾テ不都合アルヲ見ス否相當期間滿了ノ一事ヲ以テハ申込ハ當然其效力

ヲ失フモノニ非ストスルハ却テ實際ニ便利ナルニアラスヤト云フノ理由ニヨリ新民法ハ第一第二ノ主義ヲ排斥シ最後ノ第三主義ヲ採用シ即チ第五百二十四條ニ承諾ノ期間ヲ定メスシテ隔地者ニ爲シタル申込ハ申込者カ承諾ノ通知ヲ受タルニ相當ナル期間之ヲ取消スコトヲ得ス規定セリ蓋シ當事者雙方カ互ニ隔離シ在ル以上ハ承諾ニ相當ノ期間ヲ要スルハ必然ノ事ナリ故ニ苟モ隔地者ニ對シテ申込ヲ爲シタル以上ハ其承諾ニ付テハ自ラ相當ノ期間アルモノト豫定セサルヘカラス既ニ相當期間アルモノトスレハ其期間内ニ申込者ハ申込ニ付テ拘束ヲ受クサルヘカラス然レトモ此場合ハ第一ノ場合ト異ナリ申込ハ其承諾ヲ爲スニ相當ナル期間ノ後ニ於テモ尙ホ效力ヲ有スルカ故ニ期間後ト雖モ相手方ハ申込ヲ承諾シ契約ヲ成立セシムルコトヲ得ヘシ蓋シ此場合ニ於テハ故ラニ承諾ノ期間ヲ定メタル場合ノ如ク申込者ニ於テ承諾ナキモノト信認スル等ナクレハ他ト取引關係ヲ爲スカ如キコトノ爲メニ損害ヲ被ルノ虞ナキノミナラス若シ相當期間後ハ承諾ヲ有效ノモノトセサル考ナラハ宜シク申込者ニ於テ自ラ承諾ノ期間ヲ指定シテ可ナリ是レ實ニ一舉手ノ勞ノミ然ルニ其期

間ノ指定ヲ爲サストスレハ現在者間ニ於ケル場合ト同シク本則ニ立戻リ其申込ハ依然效力ヲ有スヘキモノナリ隨テ之ニ對シテ承諾ノ通知アルヤ契約ハ成立シ承諾ニ先テ取消ヲ爲セハ其取消ハ有效ノモノナラサルヘカラス  
(ハ) 承諾者カ申込ノ取消ノ延著ノ通知ヲ發スルコトヲ怠リタル場合第五二七條 本來承諾者カ承諾ヲ表示スルヤ同時ニ契約ヲ成立スルヲ以テ其後ニ爲シタル申込ノ取消ハ其效力ヲ有セスト雖モ或場合ニ於テハ事實申込ノ取消ハ通知ノ發信以前ニ到著スヘキ筈ナルニ途中ノ故障ニ因リテ取消ノ延著シタル場合ナキニ非ス此場合ニハ如何ニ之ヲ處理スルカ此點ニ付キ舊民法ノ規定ヲ見ルニ財産編第三百八條第六項ニ於テ郵便電信ノ錯誤ハ差出人ノ責ニ歸ストアリ故ニ此規定ニ基キテ本問ノ場合ヲ論定スレハ延著シタル申込ノ取消ハ其效力ナキモノト謂ハサルヘカラス即チ申込者ノ不利益ニ解釋セサルヘカラス然レトモ此場合ニ於ケル申込ノ取消ヲ以テ絕對ニ效力ナキモノトセハ申込者ハ自己ノ豫想ニ反シテ計ラレサル損害ヲ被ルコトト爲リ爲メニ契約取引ノ安全ヲ害スルコト夥カラス元來其取消ノ通知ノ延著シタルモノハ或ハ天災不可抗力

ニ出ツルカ或ハ中間ノ運送者ノ過失ニ出テタルモノニシテ何レモ意外ノコトナルカ故ニ申込者ニ於テ豫メ知り得ヘキ所ニアラサレハ申込者ニ於テ延著ノ通知ヲ受クサル以上ハ取消ノ通知ハ適當ノ時間内ニ到着シ申込ハ取消サレ居ルモノト信スルハ實ニ適當ノ考ナルヘキカ故ニ斯ル場合ニ於テ契約ヲ成立シタルモノトスルハ申込者ヲ遇スルコト酷ニ失スルモノト謂ハサルヘカラス此事由ニ基キ法律ハ承諾者ニ申込ノ取消ノ通知ハ延著シタルモノナリトノ通知ヲ爲スノ義務ヲ負ハシメ若シ之ヲ怠リタルトキハ取消ノ通知ハ承諾ノ通知ヲ發シタル後ニ著スルモ其取消ヲ以テ有效ナリトセリ

## 第二 承諾ノ效力

承諾ハ一旦之ヲ表示スルヤ絕對的ニ取消スコトヲ得ス何トナレハ契約ハ申込ニ對スル承諾ノ表示アリテ成立スルモノナリ即チ申込者ト承諾者トノ意思ノ合致シタルモノナルカ故ニ雙方ノ意思ニ因リ成立シタル契約ハ承諾者一方ノ意思ノミヲ以テ決シテ取消スコトヲ得ス換言スレハ申込ト承諾ト合致シテ契約ト稱スル一ノ混化物ヲ生スルモノナレハ二箇ノ意思ノ混化物タル契約ハ承

諾者ノ一意ヲ以テ舊態ニ復スルコトヲ得ス然ルニ舊民法ニ於テハ財産編第三百八條第四項ニ於テ承諾モ亦之ヲ取消スコトヲ得但其報カ受諾ノ報ニ先タチ又ハ同時ニ言込人ニ達スルコトヲ要ストアリ蓋シ舊民法者ノ考ニテハ承諾ノ通知カ申込者ニ達スル迄ハ承諾ハ尙ホ承諾者ノ處分權内ニ有ルモノナリ故ニ之ヲ撤回スルモ差支ナシ恰モ申込者カ申込ヲ爲スニ當リテ其申込カ相手方ニ到達スル迄ハ何時ニテモ撤回シ得ルト同一理ナリ蓋シ契約ノ上ニ於テハ當事者雙方ハ平等ノ地位ニ立タサルヘカラス故ニ申込ノ取消ヲ爲スコトヲ得ルト云フ以上ハ承諾モ之ヲ取消スコトヲ得ルトスルヲ以テ利害ノ權衡上其當ヲ得タルモノトスト謂フニ在リ若シ夫レ契約成立ノ時期カ承諾ヲ發シタル時ニ在ラスシテ承諾ノ到達シタル時ニ在リトセハ舊民法ノ規定モ理論一貫スル所ナキニ非スト雖モ而モ所謂了知主義ナルモノハ實ニ論理ニ背クノミナラス實際ニモ不都合ナルコトハ前述セル所ナリ即チ吾人ノ信スル發信主義ヲ以テスレハ一度契約ノ成立シタル後ニ尙ホ契約ヲ取消スコトヲ得ルトノ理由ハ到底發見スルニ苦ム所ナリ承諾カ其效力ヲ有スルニハ詳言スレハ承諾ノ表示アリ



テ此ニ契約ノ成立スルニハ二箇ノ條件ヲ要ス即チ(一)承諾ハ申込ト同一趣旨ノモノナラサルヘカラサルコト(二)承諾ノ期間内ニ於テ爲シタルモノナラサルヘカラサルコト是ナリ

(一) 承諾ハ申込ト同一趣旨ノモノナラサルヘカラス  
承諾ハ申込ト同一趣旨ノモノナラサルヘカラス否ラサレハ承諾ノ效ナシ詳言スレハ若シ承諾者ニ於テ其申込ニ條件ヲ附シ又ハ其他ノ變更ヲ加ヘテ之ヲ承諾シタルトキハ其承諾ハ申込ヲ拒絕スルト同時ニ更ニ新ナル申込ヲ爲シタルモノト看做ス(第五二八條故ニ申込ニ變更ヲ加ヘタル承諾ニ對シテ申込者ニ於テ更ニ承諾スレハ格別否ラサレハ契約ハ成立セスシテ其承諾ハ法律上一片ノ申込ト看做サレ隨テ之ニ對シテ申込者カ更ニ承諾ヲ爲スマテハ之ヲ取消スコトヲ得ヘク又其取消ヲ爲ササル間ハ其承諾ハ申込トシテ永ク效力ヲ繼續セサルヘカラス舊商法第二百九十六條ニ依レハ此ノ如キ變更ヲ加ヘタル承諾ハ其申込者ノ選擇ヲ以テ或ハ純粹ノ拒絕ト看做シ或ハ新ナル申込ト看做スコトヲ得ト規定セリ然レトモ此ノ好キハ獨リ申込者ヲシテ法律行爲ノ性質ヲ定ムル

ノ特權ヲ有セシメ當事者間ニ權衡ヲ失スルモノナリトシテ新民法ハ之ヲ採用セス  
(二) 承諾ノ期間内ニ於テ爲シタルモノナラサルヘカラス  
承諾ハ其期間内ニ於テ之ヲ表示セサルヘカラス即チ申込者ニ於テ承諾ノ期間ヲ定メタル場合ニハ必ス其期間内ニ之カ承諾ヲ爲ササルヘカラス其期間後ニ爲シタル承諾ハ申込者ニ於テ之ヲ新ナル申込ト看做スコトヲ得ヘシ(第五二三條此ノ如ク此場合ニ於テ其承諾ヲ更ニ新ナル申込ト看做スカ或ハ其承諾ヲ尙ホ有效ノ承諾ナリトシテ契約ヲ成立セシムルカ二者全ク申込者ノ意中ニ存スヘキカ故ニ恰モ申込ニ變更ヲ加ヘタル承諾ニ付キ前示舊商法ノ規定スル所ト其趣旨同シウスルカ如シト雖モ而モ此場合ニ於ケル承諾ハ尙モ申込ノ趣旨ヲ變更シタルモノニ非サルカ故ニ當事者ノ意思ハ縱令遲延シタルニモ拘ハラス其契約ヲ成立セシメントスルニ在ルコトヲ推定シ得ヘク隨テ其期間ヲ經過シタルノ一事ヲ以テ其承諾ハ何等ノ效力ナキモノトスルハ當事者ノ意思ニ非ス又當事者ノ利益ニモ非サルヘキナリ是ニ於テカ此便宜の規定アリ

第五百二十二條ノ規定ハ申込ノ取消ノ延著ノ場合ニ關スル第五百二十七條ト全ク同一ノ精神ニ基ク蓋シ承諾ノ通知カ異常ノ事由ニ因リ其期間内ニ到著セサルコトアルモ承諾者ハ該期間内ニ到著シタルモノト信シツアルヘキカ故ニ此場合ニ於テハ申込者ハ遲滞ナク承諾者ニ其延著ノ旨ヲ通知セサルヘカラス否ヲサレハ契約ハ有效ニ成立スルモノトス

以上契約ノ成立ニ關スル大體ヲ説了セリ然ルニ新民法ノ規定ニ從ハハ尙ホ一ノ研究ヲ要スルモノアリ即チ第五百二十九條乃至第五百三十二條ノ規定ニ係ル廣告是ナリ請フ下ニ之ヲ論セシ

### 第五項 廣告

廣告ニ關シテハ研究ヲ要スヘキ數箇ノ問題アリ即チ(第一)廣告ハ如何ナル性質ノモノナリヤ即チ一種ノ申込ト觀ルヘキモノナリヤ或ハ單獨ノ法律行為ト觀ルヘキモノナリヤ(第二)一度廣告ヲ爲シタル以上ハ之ヲ取消スコトヲ得ルヤ否ヤ又取消ヲ得ルトスルモ何時マデニ之ヲ取消スヘキカ(第三)其廣告ニ因リテ廣告者ハ如何ナル義務ヲ負擔スルヤ若シ其廣告ニ應シテ廣告ニ指定シタルコトヲ

爲シタル者數人アルトキハ其應募者ノ權利ハ如何ニ之ヲ定ムヘキカ是ナリ右三箇ノ論點ハ從來學說上疑議アル所ナリシモ新民法ハ一一之レニ對シテ其決定ヲ與ヘタリ

抑モ世人カ認メテ以テ廣告ト爲スヘキモノハ其種類枚舉ニ遑アラズ然レトモ其許多ノ種類中所謂法鎖<sup>○</sup>即チ法律上ノ義務ヲ生セサルモノニ至リテハ敢テ研究スヘキノ限ニ非スト雖モ其法鎖ヲ生スルモノト判決スルカ爲メニハ又之ヲ一言スルノ要アルヘシ例ヘハ予カ飼犬ヲ紛失シタルニ付キ見當リ次第之カ通知ヲ爲ス者ニハ金十圓ヲ與フヘシト新聞紙上ニ廣告シタルカ如キ場合ニ於テ人アリ之ヲ發見シテ予ニ通知シタルトキハ其通知者ノ意思ハ正ニ十圓ノ謝金ヲ受ク<sup>○</sup>カ爲メナルヘク予モ亦其通知者ニ十圓ノ謝金ヲ與フルノ意思ナルコトハ明カナリ此ノ如ク當事者雙方ノ意思カ眞實ニシテ且テ確定セルモノナル以上ハ予カ其通知者ニ十圓ノ謝金ヲ拂フヘキハ實ニ條理上當然ノコトナリトス然レトモ之ト似テ非ナル場合ナシトセス例ヘハ予カ或家屋ヲ賣却センカ爲メ賣家ノ貼札ヲ爲シ傍ラ其代價ヲ表示セルカ如キ又或ハ彼ノ勸業場等ニ於テ

其商品ニ値札ヲ貼付シテ店頭ニ臚列セルカ如キ此等ハ果シテ法律上ノ效力ヲ生スヘキ廣告ト言フヲ得ヘキカ換言セハ其廣告ハ之ヲ契約ノ申込ト同一視スヘキモノナリヤ又ハ從來學者ノ唱フルカ如ク所謂申込ノ透引(エントリタシヨ)ナルモノニ過キサルカ若シ之ヲ一ノ申込ト爲ストキハ何人ト雖モ之ニ對シテ一旦承諾ヲ表示スルヤ契約ハ此ニ成立スヘシト雖モ之ニ反シ單ニ申込ノ誘引ニ外ナラストセハ之ニ對シテ買受タヘシトノ意思ヲ表示スルモ之レ決シテ承諾ニ非ス却テ一ノ申込ニシテ此買主ノ申込ニ對シテ賣主ノ承諾ナクハ契約ハ成立スルコトヲ得ス其之ヲ承諾スルト否トハ賣主ノ自由權内ニ存シ賣主ハ其廣告ニ因リ些少ノ拘束ヲ受クルコトナシ此點ニ關シテハ諸國ノ法典特ニ之ヲ規定スルモノナシト雖モ之ヲ當事者ノ意思ニ鑑ミルモ又實質ニ徵スルモ此ノ如キ廣告ハ之ヲ申込ノ誘引ト看做スヲ以テ至當ナリト信ス何トナレハ廣告者ハ之カ爲メニ拘束ヲ受ケサルヘカラストセハ物價ノ變動且夕ヲ期スヘカラサルカ爲メニハ廣告者ハ不測ノ損失ヲ被ラサルヲ得ス不測ノ損失ヲ受クルノ虞アルニ之ヲ覺悟シテ遺般ノ廣告ヲ爲シタルモノトハ當事者ノ意思ヲ推定シ得

ヘキニ非サレハナリ此點ニ付テハ各國ノ裁判例全ク一定セリ殊ニ英吉利ノ如キハ極メテ微妙ナル事實問題ニ付キ判例ノ存スルモノアルヲ見ル今之ヲ新民法ノ規定ニ照スニ第五百二十九條ニ依レハ或行爲ヲ爲シタル者ニ一定ノ報酬ヲ與フヘキ旨ヲ廣告シタル者ハ其行爲ヲ爲シタル者ニ對シテ其報酬ヲ與フル義務ヲ負フトアリ此ノ如ク特ニ之ヲ規定シタル以上ハ其規定以外ノ廣告ハ法鎖ヲ生スルモノニ非ス其廣告者ハ爲メニ拘束ヲ受クルコトナシトハ裏面ヨリ論定スルコトヲ得ルナリ而シテ前例飼犬ヲ見出セシ者ニハ贈金ヲ與ヘントカ又ハ懸賞問題ヲ掲ク其懸募者ニ賞品ヲ與ヘント廣告スルカ如キハ本條ノ規定ニ該當シテ所謂法鎖ヲ生スヘキ廣告ナルコトヲ知ルヘシ然レトモ第五百二十九條ニ規定スル廣告ハ如何ナル性質ヲ有スルカ又新民法ハ廣告ヲ以テ如何ナルモノト看做スカ此點ニ付テハ從來ノ學說二アリテ並ニ行ハル今左ニ之ヲ略說セシ

第一說 廣告ハ特別ノ單獨行爲ニシテ決シテ契約ノ申込ト同一視スヘキモノニ非スト

第二說 廣告ハ一種ノ契約ノ申込ナリ故ニ其廣告ニ對シテ或行爲ヲ爲シタル者ハ其申込ヲ承諾シタルモノニシテ契約ハ此ニ成立シ廣告者ハ其義務ヲ負フモノナリト

廣告ヲ單獨行爲ナリトスルト申込ノ一種ナリトスルトハ其結果ニ於テ著シキ差異ヲ生スヘシ若シ廣告ヲ以テ一ノ單獨行爲ナリトセハ廣告者ハ廣告ヲ爲スニ因リテ直チコ義務ヲ負フカ故ニ一度廣告ヲ爲ストキハ最早之ヲ取消スコトヲ得ス之ニ反シ廣告ヲ申込ノ一種ナリトセハ廣告者ハ一度廣告ヲ爲シタルニ拘ハラス相手方ノ承諾アルマテハ之ヲ取消スコトヲ得ヘシ又廣告ヲ單獨行爲ナリトスレハ其結果トシテ廣告ヲ知ラスシテ廣告ニ指定シタル行爲ヲ爲シタル者モ之ヲ知リテ爲シタル者ト同シタ廣告者ニ對シテ請求權ナカルヘカラス之ニ反シ廣告ヲ申込ノ一種ト爲ストキハ全ク反對ニシテ廣告ニ對シテ或行爲ヲ爲シタル者ニ非サレハ請求權ナシ

惟フニ廣告ヲ以テ一ノ單獨行爲ナリトスル主義ノ論據ハ元來契約ナルモノハ特定ノ人ト特定ノ人トノ間ニ存セル法鎖ナルカ故ニ其法鎖ヲ生セシムル申込

モ亦特定ノ人ニ對スルモノナラサルヘカラス然ルニ廣告ナルモノハ不特定ナル一般ノ人ニ對スル意思表示ナレハ之ヲ契約ノ申込ト爲スヘキモノニ非ス又假ニ之ヲ契約ノ申込ナリトスレハ其申込ニ對シテ何人カ承諾ヲ表示スルモ此ニ契約ハ成立シ其行爲ヲ完了セサルモ又未タ之レニ著手セサルモ苟モ其行爲ヲ爲スヘキ者アルヤ契約ハ之ニ成立セサルヘカラス然ルニ何レノ國ノ法律ト雖モ廣告ノ事項ニ著手シタルノミヲ以テ契約ハ成立スルモノト爲スヲ聞カス廣告ナルモノハ一ノ單獨行爲ニシテ何人ニ對シテモ效力ヲ生スヘキモノニシテ決シテ契約ノ申込ト同一視スヘキモノニ非スト謂フニ在リ

然レトモ此說ハ第一契約ハ特定者間ノ關係ナレハ申込者ノ申込モ亦特定人ニ對スルコトヲ要ストノ議論ニシテ申込ト承諾トニ因リ成立スル契約ト申込其モノトヲ混同セルノ謬見ニ基クモノニシテ申込ハ必スシモ特定人ニ對シテ爲スコトヲ必要トセス唯申込ニ對シテ特定シタル人ノ承諾アレハ足レリ契約ハ其者ト申込者トノ間ニ成立スヘキノミ(第二)廣告ヲ申込ト看做ス以上ハ他ノ承諾アルヤ直チニ廣告者ハ義務ヲ負ハサルヘカラスト論斷スルハ申込及ヒ承諾

ニ關スル規定ヲ全然適用スル上ニ於テハ至當ノ見解ナリ而シテ此點ニ付キ諸國ノ法典カ異ナリタル規定ヲ探ルニ別ニ理由アルコトニシテ此ハ次ニ説明スヘキモ之ヲ新民法ノ規定ニ照スニ第五百三十條ニ廣告者ハ其指定シタル行為ヲ完了シタル者ナキ間ハ其廣告ヲ取消スコトヲ得ト規定シ又新民法理由書ヲ參照スルモ廣告ヲ知ラスシテ廣告ニ指定シタル行為ヲ爲シタル者ニ報酬ヲ與フルノ必要ナシト説明セリ尙ホ且ツ此廣告ニ關スル規定ヲ以テ契約成立ノ款中ニ規定セル等ノ諸點ヨリ暗納スレハ我法典ノ精神トスル所亦廣告ヲ以テ一種ノ申込ト看做スニ在リト論結スルコトヲ得ヘキナリ

此ノ如ク廣告ヲ以テ一種ノ申込ト看做ス以上ハ其廣告ニ對シテ指定セラレタル行為ヲ爲シタル者アルトキハ即チ申込ニ對シテ承諾アリタルモノナルヲ以テ契約ハ此ニ成立シ廣告者ハ之ニ對シテ一定ノ報酬ヲ支拂ハサルヘカラス加之廣告ヲ一ノ申込ト爲スノ結果トシテ其廣告ニ對シテ或者カ承諾ヲ爲スモテハ其廣告ヲ取消シ得ルト同時ニ一旦承諾アルヤ最早之ヲ取消スコト能ハスト論結セサルヲ得ス隨テ或者カ既ニ其廣告ニ指定シタル行為ニ著手スルノ一事

ヲ以テ所謂暗黙ノ承諾アルモノトシテ其廣告ハ最早之ヲ取消スコト能ハスト論定セサルヘカラス然レトモ此論定ハ實際ニ於テ何等ノ不都合ナキニ非ス若シ廣告者ノ指定シタル行為ニ著手シタルノミヲ以テ最早廣告ノ取消ヲ許サストセハ其著手シタルハ果シテ何レノ時期ナルカ其時期ヲ判定スルハ實際ニ困難ナルノミナラス又其時期ノ不確定ナルヨリシテ徒ニ紛爭ヲ招クノ基トナルヘシ且ツ之ヲ廣告者ノ意思ニ就テ推定スルニ廣告者カ或行為ヲ爲シタル者ニ一定ノ報酬ヲ與フルトハ之カ反對ヨリ觀察セハ其行為ヲ爲シ遂ケサル者ニハ報酬ヲ與ヘサルコトヲ意味スルモノト謂ハサルヘカラス換言スレハ廣告ニ指定セル行為ノ完了セサル間ハ廣告者ニ於テ其廣告ヲ取消シ得ルモノトスルハ蓋シ廣告者ノ意思ニ適合シタルモノナラザル果シテ斯ク解釋スルハ相當トセハ特ニ此點ニ付キ法律ノ明文ヲ要ス若シ此點ニ付キ明文ナシトセハ右ノ斷定ヲ下ササルモ決シテ不當ト云フヲ得サルヘシ立法者カ第五百三十條ニ於テ特ニ廣告者ハ其指定シタル行為ヲ完了スル者ナキ間ハ其廣告ヲ取消スコトヲ得トノ法文ヲ規定シタルハ蓋シ以上ノ趣意ニ外ナラサルナリ之ヲ要スルニ他人カ

廣告面ノ行爲ニ著手シタルノミニテハ未タ廣告者ヲ拘束スルニ足ラス其行爲ヲ完了シタル上ニ於テ初メテ契約ハ成立シ廣告者ニ報酬支拂ノ義務ヲ生スルモノナリ尤モ廣告者カ其廣告ヲ取消スニ付テハ前ノ廣告ト同一ノ方法ニ依ラサルヘカラス之レ結局第三者保護ノ規定ニシテ取消ノ廣告ヲ知ラスシテ爲シタル行爲ノ爲メ損害ヲ被ラサラシメンカ爲メナリ同條第三項ノ規定ハ全ク第五百二十一條ト同一ノ趣旨ニ基クモノナレハ茲ニ再説セズ

廣告ハ不特定ナル多數人ニ對スル意思表示ナルカ故ニ其廣告ニ對シ指定シタル行爲ヲ爲ス者ハ必スシモ常ニ一人ニ限ラス或場合ニ於テ數人カ同時ニ其行爲ヲ完了スルコトアルヘク又或場合ニハ數人カ順次ニ其行爲ヲ爲スコトアルヘシ是等ノ場合ニ於テ廣告者ハ何人ニ對シ又如何ナル割合ヲ以テ報酬支拂ノ義務ヲ果スヘキヤ蓋シ廣告者カ一定ノ報酬ヲ與フヘシトノ眞意ハ數人カ同時ニ其行爲ヲ爲シタルト將タ順次ニ成功シタルトヲ問ハス何レノ場合ニ於テモ廣告者ハ決シテ其數人ニ各報酬ノ全額ヲ與フル意思ナリトハ推測スルヲ得ス何トナレハ若シ其數人ノ者ニ等シク報酬ノ全額ヲ與ヘサルヘカラストセハ天

下萬衆ヲ相手トスル廣告ノコトナレハ廣告者ハ爲メニ其資産ヲ蕩盡スルモ尙ホ且ツ之ヲ補フ與ハサル場合ナシトセス然ルニ廣告者ハ其資産ヲ蕩盡スルヤ計リ難キコトヲ豫期シツツ廣告ヲ爲シタルモノト推定スルコト得サルヘキカ故ニ何レノ場合ニ於テモ廣告者ハ一定ノ報酬額以外ニハ其實ヲ負ハサル覺悟ナリシモノト看做スヲ相當トス果シテ此推定ノ如シトセハ數人カ順次ニ指定行爲ヲ完了シタル場合ニハ其最初ニ行爲ヲ完結シタル者ニ報酬ヲ與フルモノト解スヘク又若シ同時ニ數人カ其行爲ヲ完了シタル場合ニハ其一定ノ報酬ヲ平等ニ數人間ニ分與スルノ意思ナリト解セサルヘカラス第五百三十一條ハ實ニ此推定ニ基キタル規定ナリ故ニ若シ之ニ異ナル意思ヲ表示シタル場合ハ此條文ノ規定ヲ適用セサルコト亦勿論ニシテ法律ハ唯普通一般ノ場合ニ付キ當事者ノ意思ヲ推定シタルモノニ外ナラス

廣告者カ約束スル報酬ニ付テハ其性質上分割ヲ許ササルモノアリ例ヘハ或行爲ヲ爲シタル者ニハ金時計一箇又ハ馬一頭ヲ與フヘシト約束ルカ如シ是等ハ其性質上分割ヲ許ササルモノナレハ縱令數人カ同時ニ其行爲ヲ完了シタレハ

トテ事實上到底其數人ニ之ヲ分割スルコトヲ數ス故ニ此場合ニ於テハ抽籤法ニ依リ其當選者ヲ以テ報酬ヲ受クル者ヲ定ム是レ事實上ノ必要ニ基キ廣告者ノ意思ヲ推測シタルモノト云フノ外ナキナリ

尙ホ廣告ニ付テハ第五百三十二條ノ規定アリ是ハ所謂懸賞廣告ニ關スルモノニシテ懸賞廣告トハ廣告ニ指定シタル行為ヲ爲シタル者カ數人アル場合ニ其最モ優等ナル者ニ報酬ヲ與フヘシト約束スル場合ナリ此場合ニ於テ若シ其廣告ニ於テ應募ノ期間ニ付キ何等ノ定ナキトキハ廣告者ハ最優等者ノ顯ハルル迄ハ優劣ノ判定ヲ遷延スルコトヲ得ルカ故ニ自ラ優等者ナリト信スル應募者ニ於テモ到底廣告者ヲシテ報酬ヲ拂ハシムルコト能ハサルノ虞アリ換言スレハ廣告者ハ其期間ノ定ナキニ乘シテ優劣ノ判定ヲ爲スコトナク而シテ一面ニハ期間ノ定ナキカ爲メ應募者ヨリ判定ヲ實ムルコト能ハストセハ應募者ノ行為ハ全ク徒勞ニ屬セサルヲ得ス故ニ法律ハ此懸賞廣告ニ應募ノ期間ノ定ナキモノハ全ク無効ナル旨ヲ規定セリ同條第二項ハ應募者ノ行為ニ付テ優劣ノ判定方法ヲ定メタルモノニ外ナラス第四項ハ數人ノ行為同等ト判定セラレタル

場合ニ第五百三十一條第二項ヲ準用スト云フニ在リテ即チ廣告者ノ意思ヲ推定シテ各應募者ハ平等ニ報酬ノ分配ヲ受クヘシトノ條理ヲ揭ケタルモノニ外ナラス

## 第二款 契約ノ效力

契約ノ效力ニ關シテハ研究スヘキ事項多シ今便宜ノ爲メ左ノ三項ニ分ツテ逐次之ヲ説述セントス

第一項 一般契約ニ關スル效力

第二項 雙務契約ニ關スル效力

第三項 第三者ニ對シテ或給付ヲ爲スヘキ契約ニ關スル效力

新民法契約ノ效力ナル規定ハ舊民法財産編第二部第一章第一節第三款ニ該當スルモノナリ所謂合意ノ效力而シテ舊民法ノ第三款ハ之ヲ二則ニ分チ第一則ニ於テ當事者及ヒ承繼人間ノ合意ノ效力ヲ規定シ第二則ニ於テ第三者ニ對スル合意ノ效力ヲ規定セリ然ルニ新民法ニ於テハ既ニ第二編ノ總則ニ於テ第一七七條第一七八條物權ノ創設移轉ニ關シテ第三者ニ對スル效力如何ヲ規定シ

又有體動產ニ關シテハ占有ノ部ニ於テ其規定アリ且ツ總テ登記ニ關スル事項ハ之ヲ特別ノ規定ニ讓レルヲ以テ舊民法カ第二則トシテ規定スル所ノモノハ之ヲ契約ノ效力中ヨリ削除セリ而シテ右第一則ノ規定ニ付キ新民法カ契約ノ效力中ニ採用シタルモノハ僅ニ第三百三十五條ノ一箇條ニ過キス今此點ニ付キ新民法編纂上ノ意見ヲ尋ヌルニ即チ舊民法第三百二十七條乃至第三百三十條ハ蓋シ言テ誤タストノ趣旨ナルカ如ク又舊民法第三百三十一條ノ規定ニ付テハ新民法ハ總則ニ於テ第七十六條ノ規定ヲ設ク第三百三十二條ニ付テハ之ヲ債權ノ目的ノ部ニ於テ第四百一條ノ規定ヲ設ク第三百三十三條ニ付テハ之ヲ債權ノ效力及ビ債務ノ辨濟ノ點ニ於テ十分ノ規定ヲ設クタリ其他舊民法第三百三十四條ハ寧ロ債權ノ目的ニ關スル規定トシテ第四百條ニ第三百三十三條六條即チ遲滞ニ關スル規定ニ付テハ第四百十二條ニ第三百三十七條ノ作爲不作爲ノ義務ニ關シテハ第四百十四條ニ各々其規定ヲ掲ク第三百三十八條ハ是レ亦言テ誤タサルモノトシテ之ヲ削除シ第三百三十九條乃至第三百八十四條ノ所謂間接訴訟權直接訴訟權ニ關スル規定ハ債權總則第四百二十三條乃至第四百

二十六條ニ規定セリ故ニ契約ノ效力ト題スル款中ヨリハ一切之ヲ除ケリ然レトモ尙ホ講究ノ順序トシテ一般契約ニ關スル效力ヲ説明シ置クモ敢テ無用ノコトニ非スト信ス

### 第一項 一般契約ニ關スル效力

既ニ第一款ニ於テ説明セシカ如ク契約ハ權利ヲ創設シ移轉シ又ハ消滅セシムルヲ目的トスル二人以上ノ意思ノ合致ニ因リテ成立スルモノニシテ一旦契約ノ成立スルヤ或ハ雙務契約ナルトキハ當事者雙方ノ爲メニ債權ヲ發生スヘク或ハ片務契約ナルトキハ一方ノ當事者ノミ債權ヲ有スヘシ又從來存スル權利關係ヲ變更シ又ハ消滅セシムルモノナルトキハ即チ債務ノ免除更改當事者ハ或ハ將來全ク權利關係ヲ離ルヘク或ハ新ニ變更セラレタル權利關係ニ依リテ拘束セラルヘキナリ契約ノ效力自體ハ實ニ此點ニ存ス又此外ニ言フヘキ所ナシ然レトモ其效力ハ果シテ何人ノ間ニ存在スルカ即チ其契約ハ何人ヲ拘束スルカ將タ又何人ヲ拘束スルヲ得サルカ一般契約ノ效力トシテ説明スル所ノモノハ即チ此論題ニシテ此點ニ付テハ左ノ三原則ヲ説明シ置カントス



## 第一則

契約ハ當事者間ニ在リテハ法律ニ等シキ效力ヲ有ス  
蓋シ此法則ハ最モ見易ク且ツ最モ爭ヒナキ法則ナリ元來一般ノ私法殊ニ契約  
法ノ規定タルヤ所謂任意法ニ屬スルモノニシテ當事者カ其意思ヲ明示セザル  
場合ニ適用スルカ爲メ立法者カ普通一般ノ意思ヲ推定セタルモノニ外ナラザ  
ルカ故ニ當事者カ契約ヲ爲スニ當リテハ必スシモ普通法ニ依ルコトヲ要スル  
モノニ非ス苟モ公ノ秩序善良ノ風俗ヲ害セザル限ハ其意ノ欲スル所ニ從ヒ如  
何ナル契約ヲモ取結フコトヲ得ヘシ果シテ然ラハ契約ハ當事者ノ意思表示ニ  
シテ法律ハ當事者ノ意思ヲ推測シタルモノニ外ナラザレハ其當事者ヲ拘束ス  
ル點ニ於テ契約カ法律ト同一ノ效力アリ同一ノ制裁力アルコトハ又論ナキ所  
ナリ尤モ此原則ハ所謂比喩的ノ法則ニシテ敢テ契約ヲ以テ全然總テノ點ニ於  
テ法律ト同一ナリト謂フニ在ラス唯當事者ヲ拘束スル點ニ於テ法律ト同一ノ  
力アリ法律ト同一ノ制裁力アリト謂フニ止マル  
此ノ如ク契約ハ當事者間ニ在リテハ一ノ私法ナルカ故ニ當事者ノ一方ノ意思  
ノミヲ以テハ之ヲ廢スルコトヲ得ス必スヤ當事者雙方ノ同意ヲ得ルコトヲ要

ス實ニ契約ヲ以テ法律ニ同視スルカ如ク當事者雙方ハ契約ニ付テハ立法者ノ  
地位ニ在ルモノナリ即チ換言セハ契約ハ法律ニ等シト云フ結果トシテ契約ハ  
契約ヲ以テスルニ非サレハ之ヲ廢スルヲ得ストノ論定ヲ生ス但シ此結果ニ對  
シテハ又例外アリ

## 第一 或契約ノ性質ニ基テ例外

即チ契約ノ性質ニ由リテハ主トシテ當事者ノ一方ノ利益ノミノ爲メニ成立シ  
タルモノニシテ縱令當事者一方ノ意思ニテ擅ニ之ヲ廢罷スルモ爲メニ他ノ一  
方ニ損害ヲ及ボサザルコトアリ或ハ又之ヲ廢罷スルカ爲メニ他ノ一方ニ損  
害ヲ及ボスモ而モ之カ爲メ契約ヲ維持スルコト能ハサル性質ノモノアリ例ヘ  
ハ寄託契約ノ如キハ全ク寄託者ノ利益ノミノ爲メ取結ハレタル契約ナルヲ以  
テ縱令其契約ニ寄託物返還ノ期間ヲ定ムルモ寄託者ハ何時ニテモ寄託物ノ返  
還ヲ請求スルコトヲ得(第六二二條)又委任契約ニ在リテハ全ク當事者雙方ノ信  
任ニ基テ契約ナルカ故ニ一朝其信任缺亡スルモ尙ホ契約ニ因リテ當事者ヲ拘  
束スルハ甚タ不都合ナリ故ニ委任契約ハ何時ニテモ委任者一方ノ意思ニテ之

ヲ解除スルヲ得ヘキ(第六五一條)カ如シ  
第二 法律ノ規定ニ基テ例外

即チ當事者カ無能力者ナルカ或ハ詐欺強迫ニ基テ意思表示ニ因リ其承諾ニ瑕疵アリテ所謂承諾ノ有效條件ヲ欠缺セル場合ニ於テモ契約ノ成立ヲ妨クス此場合ニハ一方ノ意思ヲ以テ其契約ヲ解除スルコトヲ得又雙務契約ト片務契約トヲ同ハス一方ノ債務不履行ハ他ノ一方ニ契約解除權ヲ生セシムルカ如キ第五四一條是ナリ

第二則 契約ハ利害共ニ當事者ノ一般ノ承繼人ニ其效力ヲ及ス

元來法律上當事者ニ對シテハ第三者アリ當事者ハ直接ニ法律行為ニ干與シタル者ニシテ第三者トハ全ノ其事ニ關係セサルモノナリ而シテ當事者ト第三者ノ間ニ介立スル者ハ所謂承繼人ニシテ換言セハ當事者ノ財産上ノ位置ヲ承繼シタル者ナリ其承繼者ニ二種アリ一チ一般ノ承繼人ト謂ヒ一チ特定ノ承繼人ト謂フ一般ノ承繼人トハ當事者ノ資産ノ全部又ハ一部ヲ繼承シタル者ニシテ特定承繼人トハ或特定セル一箇又ハ數箇ノ財産ヲ繼承セルニ過キサルモノナ

リ即チ相繼人或ハ包括名義ヲ以テ遺贈又ハ贈與ヲ受ケタル者ノ如キハ一般承繼人ナラン之ニ反シ賣買ニ於ケル買主又ハ特定贈與ノ受贈者ノ如キハ特定ノ承繼人ナリトス凡ソ資産ノ移ル處ニハ債權債務ノ之ニ追隨スルモノナルヲ以テ當事者契約ノ效力ノ利益ハ其ニ一般ノ承繼人ニ及ホスヘシ蓋シ一般承繼人ハ法律上當事者ト同一ノ看做スコトヲ得ヘク或ハ少シトモ當事者ニ依リテ代表セラルヘキモノト看做スヘキモノナレハナリ尤モ一般承繼人中ニ於テモ所謂家督相繼人ナル者ト一般承繼人間ニハ契約ノ效果ヲ及ホス程度ニ於テ多少ノ差異ナキニ非ス即チ家督相繼人ナレハ其相繼シタル財産額以外ニ於テモ尙ホ先人ノ債務ヲ負擔セサルヘカラサルモ其他ノ一般承繼人ニ至リテハ當事者ヨリ得タル財産ノ限度ニ於テ債務ニ關スル契約ノ效果ヲ受クルニ止マルヘキナリ

特定承繼人ハ其取得シタル特定物ニ付テ當事者カ有セシ位置ヲ承繼スルニ過キス故ニ其物ヲ取得スル以前ニ其物ニ關シテ當事者カ嘗テ爲シタル契約ノ效果ハ之ヲ免ルルコトヲ得サルモ其以後ニ爲シタル契約ニ付テハ全ク何等ノ關

係ヲ受クルコトナシ即チ其物ヲ取得スル以前ノ當事者ノ行爲ニ對シテハ承繼人ナルカ其以後ノ行爲契約ニ對シテハ全ク第三者ナリ

此外普通ノ債權者無特權債權者モ尙ホ當事者ノ契約ニ付テ利害共ニ其效力ヲ被ル所ヨリ觀察スレハ又一般ノ承繼人ナリトス蓋シ普通ノ債權者ハ先取特權、抵當權等ノ物權上ヲ有スル債權者ト異ナリ唯債務者ノ財産上ニ共同擔保ヲ有スルニ止マル換言セハ債務者カ義務ヲ履行セサル場合ニ其財産ヲ差押へ共同シテ賣得金ノ上ニ應分ノ辨濟ヲ受クルニ過キサルナリ故ニ債務者ハ自己ノ財産權ニ付キ處分權ヲ失フモノニ非ス又制限セラルコトナシ隨テ債務者ノ爲シタル契約ニ付テハ利害共ニ其結果ヲ受ケサルヘカラス之ヲ要スルニ普通債權者ノ所謂共同擔保ナルモノハ債權者カ其權利ヲ行使シテ訴訟ヲ爲ス當時ニ存スル權利ナルカ故ニ總テノ結果ハ利害共ニ影響ヲ及ボササルヲ得ス右ノ如ク利害ノ結果ハ債權者ニ及ボスヲ以テ法律ハ債務者ノ懈怠若クハ故意ニ因リテ債權者ニ損害ヲ被ラサラシメンカ爲メニ第四百二十三條乃至第四百二十六條ニ依リ所謂間接訴訟權並ニ直接訴訟權ナルモノヲ認メタリ

### 第三則 契約ハ第三者ヲ利セス又之ヲ害セス

抑モ契約ハ當事者雙方ノ意思表示ニ因リテ成立スルモノナルカ故ニ其當事者並ニ當事者ニ依リテ代表セラルル所ノ承繼人間ニノミ效力ヲ有スルモノニシテ嘗テ其契約ニ關係ナキ第三者ニ效力ヲ及ボスノ理ナシ故ニ其契約ハ第三者ヲ害スルコト能ハサルノミナラス縱令第三者ニ利益アル場合ト雖モ亦何等ノ效力ヲ及ボスヘキモノニ非ス若シ第三者ニ於テ其契約ノ利害ヲ享受セザト欲セハ特ニ其利益ヲ享受スルノ意思表示ヲ必要トス(第五三七條)而シテ此ノ如ク第三者カ其意思表示ヲ爲ス以上ハ既ニ第三者ニ非スシテ將ニ利害ノ關係ヲ有スル當事者ナルヲ以テ其影響ヲ被ルコト當然ナリ此第三則ニ對スル例外トシテハ動産ニ付テハ占有不動産ニ付テハ登記ノ如キ特別ノ公示方法ノ下ニ法律ノ規定アリ然レトモ是レ前ニモ述ヘシカ如ク總則並ニ特別法ニ定ムルモノナルヲ以テ茲ニ之ヲ略ス

### 第二項 雙務契約ノ效力

雙務契約ノ何タルヤハ既ニ諸君ノ知悉スル所ニシテ此ニ喋喋ヲ要セスト雖モ

約言スレハ雙務契約トハ片務契約ニ對スル分類ニシテ契約ニ因リテ當事者ノ雙方カ各義務ヲ負擔スル所ノモノヲ雙務契約ト謂ヒ其一方ノミカ義務ヲ負擔スル所ノモノヲ片務契約ト謂フ故ニ買賣交換等ハ雙務契約ニ屬シ贈與委任及ヒ寄託消費貸借等ノ契約ハ片務契約ナリトス蓋シ契約カ雙務ナルカ將タ片務ナルカノ區別ノ標準ハ其契約ニ因リテ生スル所ノ義務カ雙面的ノモノナルカ又ハ片面的ノモノナルカノ一點ニ存スルヲ以テ何レノ場合ニ於テモ須ラタ契約成立ノ當時ニ於テ之ヲ判別セサルヘカラス詳言スレハ例ヘハ委任契約ニ於テ結約ノ當時ハ單ニ受任者ノ一方ニ於テ委任事務ヲ履行スルノ義務アルニ止マルモ若シ受任者其義務ヲ履行スルニ當リ或ハ費用ノ立替ヲ爲シ若クハ不慮ノ損害ヲ被ルカ如キ場合ニハ委任者ハ其損失並ニ立替金ヲ辨償スルノ義務アリ(第六五〇條)ト雖モ尙ホ片務契約タルヲ妨クテ何トナレハ其委任者カ負擔スル處ノ辨償ノ義務ハ委任契約ヨリ生スル當然ノ結果ニ非スシテ肇リ特別ノ事由ヨリ來ル偶然ノ義務ニ外ナラサルヲ以テナリ寄託契約ニ於テモ亦同一ノ事例ヲ想像シ得ヘシ要スルニ何レノ場合ニ於テモ契約ノ成立シタル後ニ於テ偶然

發生スル所ノ義務ハ以テ契約ノ雙務タリ片務タルヲ判別スルノ標準ト爲スコトヲ得ス

舊民法ノ主義ニ從ヘハ使用貸借モ亦一ノ雙務契約ナリト謂フヘシ何トナレハ舊民法使用貸借ニ於テハ借主ハ使用物ヲ返還スルノ義務ヲ負フト同時ニ或時期ノ間借用物ヲ使用スルノ權利ヲ有ス而シテ借主ノ有スル使用權ハ又一ノ人權ニ外ナラサルヲ以テ貸主ハ之ヲ對當スルノ義務ヲ負フモノト謂ハサルヘカラス即チ雙務契約タルコト疑テ容レス

又論者ハ使用貸借ヲ以テ雙務契約ナリト説明スルト同時ニ消費貸借モ亦一ノ雙務契約ナリト稱セリ即チ消費貸借ニ於ケル借主ハ或時期ノ間ニ同質同量ノ物件ヲ返還スル義務ヲ負フニ對シ貸主ニ於テモ或時期ノ間之ヲ返還ヲ求ムルコトヲ得サルノ義務ヲ負擔スヘク隨テ雙務契約ノ本質ニ適合スルモノナリトセリ然レトモ果シテ此ノ如キ理論ニシテ誤ナシトセハ一切ノ契約ハ凡テ雙務契約ナリト謂フニ歸著スヘシ蓋シ此區別ノ標準ヲ誤リタル隱見ト云フノ外ナシ消費貸借ニシテ貸主カ或時期ノ間物ノ返還ヲ請求スル能ハサルモノハ唯之

ヲ請求スル權ナシト謂フニ過キス職テ之ヲ請求スルコトヲ得サルノ義務アルニ非ス是レ即チ一般ニ採用セラルル所ノ見解ナリトス  
右ハ雙務契約ト片務契約トノ異同ヲ一言セラルカ此片務契約ニ就テハ契約ノ效力トシテ別ニ説明ヲ要スルモノナシト雖モ雙務契約ニ於テハ大ニ講述ヲ要スルモノアリ即チ分ツテ二トス曰ク同時履行ノ原則曰ク危險負擔ニ關スル理論是ナリ

# 第一 同時履行ノ原則

第五百三十三條ノ規定スル所ニ依レハ雙務契約ニ於ケル當事者ノ一方ハ相手方カ其債務ノ履行ヲ提供スルマテハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得ト是レ即チ同時履行ノ原則ヲ規定セルモノナリ舊民法財産取得編第四十七條第三項ハ買賣契約ニ付テノミ之ト一體ノ規定ヲ爲セリ然レトモ此原則ハ單ニ雙務契約ノ一種タル賣買ニノミ其適用ヲ限ルヘキモノニ非スシテ寧ロ一般ノ雙務契約ニ適用セラルヘキモノタリ故ニ新民法ハ契約ノ效力トシテ汎ク此原則ノ適用ヲ示セリ蓋シ雙務契約ニ於テ當事者雙方カ互ニ或給付ヲ爲スヘキニ當リ一

方ノ給付ハ他ノ一方ノ對價ナルヲ以テ其對價物ヲ受ケサルニモ拘ハラヌ進ジテ自己ノ給付ヲ爲ササルヘカラスト謂フハ固ヨリ當事者ノ意思ニ非ラサルコト明カナリ加之相手方ノ提供ナキニモ拘ハテス一方ノ義務ヲ履行セサルヘカラストセハ果シテ如何ナル結果ニ歸著スヘキカ蓋シ其一方ノ者カ義務ヲ履行セルハ固ヨリ契約上ノ原因ニ基タモノナルヲ以テ縱令相手方ニ於テ其義務ヲ履行セサルモ尙ホ自己ノ給付ノ返還ヲ求ムルコトヲ得ヌ唯第五百四十一條ノ規定ニ依リ相當期間ヲ定メ催告ヲ爲シタル後ニ契約ヲ解除スルコトヲ得ルニ止マリ而シテ若シ其間ニ於テ債務者カ無資力ト爲リ或ハ其給付物ヲ滅却セシムル等ノコトアルニ於テハ結局正當ニ義務ヲ履行セタル者ナシテ從前ノ位置ニ復セシムルコト能ハサルニ至ルヘシ此事タルヤ決シテ當事者間ニ於テ事ノ公平ヲ得タルモノト謂フヘカラスト果シテ然ラハ此同時履行ノ原則ハ一ハ當事者ノ意思ニ適合シ一ハ當事者間ニ公平ヲ維持スル規定ニシテ最も至當ノモノト謂ハサルヘカラスト

第五百三十三條ノ法文ニ於テ相手方ヲ其債務ヲ履行スルマテト云ハスシテ故

ラニ相手方カ其債務ノ履行ヲ提供スルマデト云ヘルハ惟フニ此同時履行ノ原則ヲ最モ微妙ノ間ニ明言シタルモノト謂フヘシ若シ一方カ債務ヲ履行スルマテ相手方カ履行ヲ拒ムコトヲ得トセンカ是レ決シテ同時履行ニ非ス前述舊民法取得編第四十一條ノ法文ハ此點ニ於テ足ラサル所アリ  
蓋シ俗調ヲ以テ此原則ヲ言ハシカ所謂同時履行トハ例ヘハ賣買取引ニ於タル「代金引換ニ物品ヲ渡スヘシ」トカ「品物引換ニ代金ヲ拂フヘシ」ト謂フノ趣旨ニ外ナラスシテ權利關係ノ上ニ於テ當事者雙方ニ平等ノ位置ヲ得セシムルモノナ

同時履行ノ原則ニ對スル例外ハ即チ相手方ノ債務ニ付キ辦濟期日ノ存スル場合トス此場合ニ於テハ其辦濟期間ハ特ニ債務者ノ利益ノ爲メニ定メラレタルモノト看做スヘキヲ以テ其辦濟期前ニ在リテハ債權者ハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得ス蓋シ多クノ場合ニ於テ期間ハ常ニ債務者ノ利益ノ爲メニ定メラレタルモノナリト雖モ而モ亦當事者雙方ノ利益ノ爲メニ定メラルコトナキニ非ス例ヘハ第五百七十三條ニ「賣買ノ目的物ノ引渡ニ付キ期限アルトキハ

代金ノ支拂ニ付テモ亦同一ノ期間ヲ附シタルモノト推定ス」トアルカ如キ是ナリ此場合ニ於テハ其期間ノ終了マテハ當事者雙方ハ期間ノ利益ヲ受テ雙方共ニ履行ヲ拒ムコトヲ得ヘシ又債務者ノミニ期間ヲ定メラレタル場合ニ於テモ若シ債務者ニ於テ一朝破産ノ宣告ヲ受タルヤ債務者ハ最早期間ノ利益ヲ喪失シ之ヲ主張シ能ハサルカ故ニ第一三七條同時履行ノ原則ヲ直チニ適用セラルヘキコト是レ亦論ナシ

## 第二 危險負擔ノ理論

新民法第五百三十四條以下三條ハ所謂危險ノ負擔ハ債務者ニ屬スルヤ將タ債權者ニ屬スヘキヤノ問題ヲ決定シタルモノナリ此問題タルヤ片務契約ニ付テハ殆ト説明ヲ要スルモノナシ例ヘハ片務契約ナル贈與ニ付テ云ヘハ甲者乙者ニ其所有ノ家屋ヲ贈與セリ然ルニ未タ之ヲ引渡ササル以前ニ於テ偶ニ近隣火ヲ失シ遂ニ類焼ノ禍ニ罹レリ此損失ハ何人カ負擔スヘキカ蓋シ何人ト雖モ能ハサルコトヲ爲スノ實ナシ家屋ノ燒燬ハ類焼者ニ取リテ全ク天災ニシテ人力ノ得テ左右シ得ヘキモノニ非サルヲ以テ其損失ヲシテ甲者ノ負擔ニ歸セシム

ルコト能ハサルハ勿論ナリ即チ贈與者タル甲者ハ履行不能ニ因リテ引渡ノ義務ヲ免ルベキ故ニ結局其損失ハ債權者タル乙者ニ於テ之ヲ負擔スベク又負擔スルノ外ナキナリ換言スレバ此場合ニ於ケル乙者ハ決シテ甲者ヲシテ其家屋ノ燒失ヨリ生スル損害ヲ辨償セシムルコト能ハサルナリ故ニ片務契約ニ付テハ殆ト理論トシテ研究スルノ必要アラサルモ雙務契約ニ付テハ學理上實際上大ニ議論ノ存スル一點ナリトス今雙務契約ニ付キ(一)特定物ヲ目的トスル契約ニ於テ目的物ノ滅失毀損シタル場合(二)不特定物ニ關スル前同一ノ場合(三)前二項以外ニ於ケル雙務契約ノ場合トニ分ツテ逐次之ヲ説明セン

(一) 特定物ヲ目的トスル契約ニ於テ目的物ノ滅失毀損シタル場合

特定物ニ關スル物權ノ設定又ハ移轉ヲ目的トスル雙務契約ニ於テ若シ天災不可抗力ニ因リテ其目的物力滅失シ或ハ毀損シタルトキハ其損失ハ當事者ノ何レニ於テ負擔スベキカ例ヘハ甲者カ乙者ニ其所有ノ馬一匹代金百圓ニテ賣渡スヘキ申込ヲ爲シ乙者其申込ニ對シテ承諾ノ意思ヲ表示シ此ニ賣買ナル一ノ雙務契約成立セリ然ルニ其契約後甲者ヨリ馬ヲ乙者ニ引渡ス前ニ於テ其馬ハ

偶ニ馬疫ノ爲メニ斃レタリ此場合ニ於テ甲乙何レカ其損失ヲ負擔スベキカ蓋シ特定物移轉ノ契約ニ於テハ其契約ト同時ニ目的物ノ所有權ハ相手方ニ移轉スルモノナルヲ以テ前例ニ於ケル買主ナル乙者ハ買主タルト同時ニ其馬ノ所有者ト爲ルヘシ既ニ所有者ナル以上ハ其馬ノ斃レタルハ恰モ自己カ從來所有セル物件ノ天災ニ因リテ滅盡シタルト同シテ所謂天災怨ムノ外ナク何人ニモ其實ヲ歸スルヲ得ス結局乙者ニ於テ之ヲ負擔スルノ外ナク又之ヲ負擔スヘキハ當然爲リトス隨テ買主ナル乙者ハ目的物ノ滅失セルニ拘ハラズ甲者ニ對シテ約定代金百圓ヲ支拂ハサルヘカラス若シ之ヲ支拂ハスシテ可ナリトセハ危險ハ却テ甲者ノ負擔スル所ト爲ルヘシ然レトモ特定物ニ關スル契約ハ必スシモ同時ニ其物件ノ所有權ヲ移轉スルモノニ非ラス即チ當事者ノ意思ヲ以テ一時所有權ノ移轉ヲ停止スルコト實際ニ於テ屢々見ル所ナリトス例ヘハ甲者ハ乙者ニ或土地賣渡ノ約ヲ結ビ其代金ノ皆濟迄ハ名義書換ノ手續ヲ爲サスト云フカ如キハ世間其例堪カラサルヘシ此ノ如キ場合ニハ賣買契約ノ成立ト共ニ所有權ハ移轉セス而シテ其目的物カ天災地變ノ爲メニ滅盡セハ買主ナル乙者

ハ債權者タルモ未タ所有者ト謂フヘキニ非サルヲ以テ其危險ノ負擔者ハ普通ノ問題ト其決定ヲ同シウスヘカラス果シテ然ラハ此場合ノ危險負擔者ハ何人タルヘキカ此問題ニ付テハ二箇ノ主義アリテ實際ニ於テモ亦並ヒ行ハル

第一主義ハ危險ハ債務者タル賣主ニ於テ負擔スヘキモノトス何トナレハ凡ソ雙務契約ハ當事者雙方ニ於テ義務ヲ負擔スルモノニシテ一方ノ義務ハ當ニ他ノ一方ノ義務ノ對價物タリ即チ甲ハ乙ヨリ給付ヲ得ルカ爲メニ其義務ヲ諾約シ乙ハ又甲ヨリ給付ヲ受クルカ爲メニ其義務ヲ諾約シタルモノナリ然ルニ或一方ノ債權者ニ於テ權利ヲ取得スルコト能ハサルニモ拘ハラズ自ラ自己ノ義務ヲ履行セサルヘカラストスルハ實ニ當事者ノ意思ヲ基本トスルモノナラニ背タモノト謂ハサルヘカラス契約法ハ當事者ノ意思ヲ基本トスルモノナラニ以テ當事者ノ意思ニ背反スル事項ハ決シテ之ヲ認ムルルコトヲ得ス加之作爲不作爲ヲ以テ契約ノ目的トスル場合ニ於テハ何人モ危險ハ債務者ノ負擔ニ歸スルコトニ付テ疑ヲ掃ムモノナシ(第五三六條)例ヘハ甲ナル者乙ナル者工ニ報酬百圓ヲ以テ繪畫一葉ヲ寫サシメコトヲ約シタリ然ルニ乙者ハ不應ノ災

害ニ因リテ其手腕ヲ挫折シ其負フ所ノ繪畫寫成ノ義務ヲ盡ス能ハサルニ至レリ此場合ニ於テ乙者ハ尙ホ甲者ニ對シテ報酬百圓ノ請求ヲ爲シ得ヘキヤ否ヤ決シテ之ヲ許サス果シテ然ラハ契約ノ目的カ物件ノ移轉ニ在ルトキト雖モ尙ホ作爲不作爲ヲ目的トスル場合ト同シタ債務者ヲシテ危險ヲ負擔セシムルハ首尾貫徹シテ彼是權衡ヲ得タルモノト謂フヘク此間ニ兩者ノ差異ヲ存スル理由アルヲ見スト謂フニ在リ獨逸英吉利等ハ此主義ヲ採用ス

第二主義ハ其反對ニシテ危險ハ債權者ノ負擔ニ歸スト謂フニ在リ新民法ハ此主義ヲ採用セリ(第五三四條)此主義ノ理由トスル所ハ雙務契約ニ於ケル當事者一方ノ義務ハ他ノ一方カ義務ヲ負擔スル原因タリシニハ相違ナカルヘシト雖モ既ニ雙方ノ意思ノ合致ニ因リテ一旦契約ノ成立セシ以上ハ此ニ當事者且方ノ權利義務ハ互ニ相獨立シテ存立シ毫モ他ノ一方ノ權利義務ノ存立ニ關係ヲ及ホスモノニ非ス即チ其契約ノ成立シタル一事ヲ以テ雙方ノ義務ハ互ニ連命ヲ與ニスヘキモノナルヲ以テ既ニ履行セラレタルト否ヲサルトテ問ハス目の物カ天災ニ因リテ滅失シ又ハ毀損シタルトキハ債權者ニ於テ其損失ヲ負擔



スルキナリ若シ夫レ契約當時ニ於テ既ニ目的物有ラサルトキハ是レ契約ノ要  
素ヲ欠缺スルモノニシテ固ヨリ契約ノ成立ヲ見スト雖モ一旦契約ヲ完全ニ成  
立シタル上ハ當事者各自ハ其契約ノ效果ヨリ生スル所ノ一切ノ義務ヲ履行セサ  
ルヘカラス今日ノ物カ天災ニ因リテ滅失シ債務者カ因テ以テ其義務ヲ免ル  
ヤ敢テ之ヲ果ササルニ非ス之ヲ果スコト能ハサルニ因ルモノナリ即チ自己ニ  
實ナキ事由ニ因リテ之ヲ履行スルニ由ナキモノナルヲ以テ其債務者ハ恰モ完  
全ニ其債務ヲ履行シタルト同一ノ地位ニ立タサルヘカラス既ニ債務者ヲ以テ  
債務ヲ履行シタルト同一ノ地位ニ在ルモノトセハ相手方タル債務者ニ於テ其  
義務ヲ履行スヘク換言スレハ代價支拂ノ義務ヲ盡ササルヘカラス勿論ノ  
コトナリ加之凡ソ特定物ヲ以テ契約ノ目的トスル場合ニ於テハ縱令目的物  
ノ増加アルモ債務者ハ之カ爲メニ其對價額ノ増加ヲ求ムルコトヲ得ス又目的  
物ノ減少スルコトアリトスルモ債務者ヨリ其給付スヘキ對價額ノ減少ヲ求ム  
ルコトヲ得ス即チ目的物ノ運命ハ自ラ一定セラルモノナリテ利益ノ存スル  
所損失之ニ伴フモノトセハ特定物ノ滅失シタル場合ニ於テ債權者チシテ其對

價ヲ供スルノ義務ヲ免レシメサルヲ以テ却テ事ノ公平ヲ得タルモノト謂ハサ  
ルヘカラス換言スレハ債權者ハ目的物ニ付キ未必ノ利益ヲ受タルト共ニ未必  
ノ損失モ亦之ヲ負擔スヘク而シテ目的ノ滅失ハ唯其物ノ毀損ニ比シテ一層重  
且ツ大ナル未必ノ損失ト謂フニ外ナラス彼ノ第一主義ノ論者カ作爲不作爲ヲ  
目的トスル契約ニ於テ危險債務者ノ負擔ニ歸ストスル上ハ特定物ヲ目的トス  
ル場合モ又同一ニ論決ヲ爲ササルヘカラスト謂ヘルモ畢竟彼ト是トハ大ニ趣  
ヲ異ニスルモノナリ即チ行爲ヲ目的トスル場合ニ於テハ債務者ハ其天災ノメ  
爲メニ何等ノ行爲ヲ爲ササルナリ政ニ反對給付ヲ受タサルモ毫モ損失ヲ被ルコ  
トナシ之ニ反ツ特定物滅失ノ場合ニ債務者カ反對給付ヲ受タルコト能ハスト  
セハ債務者ノ被ル所ノ損失タルヤ實ニ現然タリ決シテ彼是同一ニ論スルコト  
ヲ得サルナリト新民法及ヒ現行判決例佛蘭西民法等皆此主義ニ屬ス又毀  
損第五百三十四條ノ物カ債務者ノ責ニ歸スヘカラス事由ニ因リテ滅失又ハ毀  
損シタルトキハ云云ノ規定中ニハ單ニ其毀損滅失カ天災不可抗力ニ基ク場合  
ノミナラス第三者ノ所爲ニ基クトキモ亦之ヲ包含ス蓋シ第三者ノ所爲ハ當事

者ニ對シテ見レハ又一ノ不可抗力ト見テ差支ナシ唯場合ニヨリ債務者ハ第三者ニ對シテ不進行爲ニ基ク要價訴權ヲ行使スルコトヲ得ルノミ又債權者ノ行爲ニ基ク場合モ尙ホ本條ノ範圍内ニ合マルヘキモノトス即チ此場合ニハ債權者ハ獨リ對價ヲ支拂ハサルヘカラサルノミナラス併セテ損害賠償ノ責ヲ負ハサルヘカラス蓋シ是等ノ事例ヲ一括シテ債務者ノ實ニ歸スヘカラサル事項中ニ合マシメタルモノトス

以上特定物ニ關スル危險負擔ノ原則ハ未必條件附變務契約ニ關シテ適用上左ノ如キ變則ヲ受ク

蓋シ條件附契約トハ當事者ノ豫知スヘカラサル不確定ノ事實ニ因リテ契約ノ效力ヲ消長セシムルモノニシテ而シテ其條件到來ニ因リテ契約ノ效力ヲ生スルモノハ停止條件附契約ニシテ條件到來ノ爲メ契約ノ效力ヲ失フモノハ解除條件附契約ナリトス條件ニ關スル微細ノ問題ハ總則第二百二十七條以下ニ之ヲ規定セリ新民法ハ舊民法ト異ナリ條件ナルモノハ必スシモ將來ノコトタルヲ要セス現在ノコトタルモ尙ホ當事者ニ於テ知ラサレハ可ナリトセリ又舊民法

ニ於テハ既往ニ過ル效力アリ新民法ハ全ク之ニ反シ條件ハ原則トシテ過及效ヲ有セス唯當事者ノ反對契約ヲ許スノミ蓋シ條件ハ一箇ノ事實ニ過キサルヲ以テ法律上當然既往ニ過リテ效力ヲ生スベキモノニ非サルヲ以テナリ此ノ如ク新民法ニ於テ條件ノ既往ニ過及スルノ效ナキ故ニ停止條件附契約ニ於テ未タ條件ノ成就セサル間ハ契約ノ目的トスル所ノ權利ハ未タ發生セスト雖モ而モ一種ノ債權ノ其間ニ存スルモノアリテ當事者ハ其契約ニ因リ拘束セラレルコト疑テ容レヌ故ニ第二百二十八條ノ規定ニ依ルモ當事者ハ相互ニ條件ノ成就未定ノ間ニ於テ條件ノ成就ニ因リ其行爲ヨリ生スヘキ相手方ノ利益ヲ害スルコトヲ得ストセリ然ルニ此ノ如ク停止條件附契約ニ於テ其條件ノ成否未定ノ間ニ目的物ヲ毀損若クハ滅失セハ當事者ノ何レニ於テ其損失ヲ負擔スヘキカ論フ場合ヲ逐フテ分説セリ

甲 目的物ノ全部滅失ノ場合

抑モ條件ノ成否未定ノ間ニハ全ク契約上ノ效力ヲ發生セス隨テ債權者ヲシテ其危險ヲ負擔セシムルコトヲ得サルハ條理上當然ノコトタリ加之當事者ノ意

思テ推測スルモ停止條件ヲ以テ所有權ノ移轉ヲ受クヘキ權利ニ對シ反對給付  
ヲ爲スヘキ義務ヲ負擔セル者ハ他日果シテ自己ニ屬スルモノナルキ否キ分明  
ナラサル物件ニ付キ其危險ヲ負擔スルノ意思アルモノト見ルヲ得ス縱令條件  
ヲ既往ニ過ラシムルノ特約アリトスルモ其條件ノ成否未定ノ間ニ滅失シタル  
損失ヲ債權者ニ負擔セシムルコトヲ得ス何トナレハ其債權モ亦條件附ニシテ  
成立ノ不確定ナルモノナリ然ルニ目的物ニシテ滅失シタル以上ハ後日條件成  
就スルモ其債權ハ到底成立スルニ由ナキモノナレハナリサレハ何レノ點ヨリ  
觀ルモ債權者ニ危險ヲ負擔セシムルコトヲ得サルヘキヤ明カナリトス新民法  
第五百三十五條第一項舊民法財產編第四百十九條等ハ實ニ此法理ヲ認ムルモ  
ノナリ  
乙 目的物ノ一部滅失ノ場合  
此場合ニ於テハ縱令目的物毀損セルモ尙ホ原體ノ存在スルヲ以テ後日條件  
到來ト共ニ契約ノ成立ヲ妨クス然レトモ此毀損ハ何人カ負擔スヘキカ毀損ノ  
原因債務者ノ實ニ歸スヘキモノナルト否トニ因リテ異ナル

債務者ノ實ニ歸スヘカラサル事由ニ因リ毀損セハ其損失カ債權者之ヲ負擔ス  
此規定タルヤ條件ノ效力ハ當然既往ニ過ルヘシトスル舊民法ノ主義ヲ以テス  
ルカ若クハ新民法ノ下ニ於テモ過及効ノ特約存スルトキハ條件過及ノ效力ヨ  
リ生スル當然ノ結果ト見ルモ不可ナカルヘシ要スルニ前述第五百三十四條ノ  
原則ト其趣旨ヲ同シウス然ルニ新民法ニ於テ條件ハ將來ニ向テノミ效力ヲ生  
スト爲スニ拘ハラス尙キ且テ條件到來前ニ於ケル目的物毀損ノ結果ヲ債權者  
ニ負擔セシムル所以ノモノハ他ナシ若シ條件ノ成否未定ノ間ニ目的物増價シ  
タリトセシカ債權者ハ當然其利益ヲ享受スヘキカ故ニ目的物毀損ノ場合ニモ  
亦其損失ヲ債權者ニ歸セシムルハ利益ノ歸スル所損失之ニ伴フトノ條理ニ於  
テ衡平ヲ得タルモノナレハナリ舊民法財產編第四百十九條ノ規定カ毀損ニ關  
スル他ノ規定ト其決定ヲ異ニスル所以ノモノハ舊民法ニ於テハ半額以上ノ毀  
損ヲ以テ全部ノ滅失ト同一ニ看做スヲ以テナリ新民法ニ於テハ尙モ毀損ノ原  
因カ債務者ノ實ニ歸スヘカラサルトキハ其毀損ノ大小ヲ問ハス其結果タル損  
失ヲ債權者ニ負擔セシムルモノトセリ

債務者ノ實ニ歸スヘキ事由ニ因リ毀損セシカ條件成就ノ後ニ至リテ債權者ハ其欲スル所ニ從ヒ履行若シハ解除ノ請求ヲ爲シ得ヘク且ツ損害アレハ其賠償ヲ求ムルコトヲ得ヘシ(第五三五條第三項)蓋シ債務者ノ所爲ニ因リ若シ目的物全部滅失シタリトセハ契約ハ成立スルニ由ナキヲ以テ債權者ハ唯債務者ニ對シテ損害ノ賠償ヲ求ムルノ外ナシト雖モ之ニ反シ一部ノ毀損ニ止マルトキハ條件到來ト共ニ契約ノ成立スルコトヲ妨クス而モ其損害ノ程度ニ因リテ或ハ之ヲ履行スルモ債權者ノ爲メニ何等ノ利益ヲ與ヘサルコトアリ故ニ法律ハ此場合ニ限り債權者ニ解除ト履行トニ付テ自由ナル選擇權ヲ與フルモノトス但シ履行スルモ解除スルモ債務者ハ毀損ノ爲メ債權者ニ被ラシメタル損失ニ付キ賠償ノ責任アルコト勿論ナリ

(二) 不特定物ニ關スル前同一ノ場合

契約ノ目的物確定セサル場合ニ目的物ノ毀損滅失ニ付キ危險負擔ノ問題起ルヘキ筈ナシ何トナレハ所謂類ハ消滅セス世界中ノ同種ノ物盡ク滅失スルト云フカ如キハ殆ト絶無ノコトナレハナリ若シ同種ノ物學テ不融通物ト爲リタル

場合ノ如キハ之ヲ豫想スルコト難カラスト雖モ是ハ次項ニ於テ説明セシ故ニ不特定物ヲ目的トスル場合ニハ其目的物カ特定セラレテ後始メテ危險負擔ノ問題起リ此ニ物ハ債權者ノ爲メ消滅スヘシトノ原則ニ支配セラルヘキモノトス然ラハ何レノ場合ニ不特定物ハ特定物ト爲ルヤト云フニ特ニ當事者ニ於テ其物ヲ指定シタル場合ノミナラス縱令之ヲ指定セサルモ債務者カ其之ヲ引渡スニ付キ必要ノ行爲ヲ完了シタルトキハ特定物ト爲ル(第四〇一條第二項)ヲ以テ爾後特定物ニ關スル規定ノ適用ヲ受クヘキモノトス

(三) 前二項以外ニ於ケル雙務契約ノ場合

第五百三十六條ニ曰ク「前二條ニ揭ケタル場合ヲ除ク外當事者雙方ノ實ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ債務ヲ履行スルコト能ハサルニ至リタルトキハ債務者ハ反對給付ヲ受クル權利ヲ有セス」即チ此規定タル雙務契約カ物件ノ滅失毀損以外ニ於テ履行不能ト爲リタル總テノ場合ヲ總括シタルモノナリトス其履行不能ノ場合ハ左ノ如シ

第一、目的物ノ現存スルニモ拘ハラズニ朝其物カ不融通物ト爲リタルトキ

第二、作爲、不作爲ノ義務ヲ目的トスル雙務契約ニ於テ或事由ニ因リテ履行ノ不能ト爲リタルトキハ、是ナリ此二者ヲ例説セハ例ヘハ葉煙草ハ一私人間ニ賣買ヲ爲スコト自由ナルニ其賣渡後引渡前ニ一朝專賣法ニ依リテ一私人間ノ賣買ヲ禁シタルカ如キ或ハ銃砲彈藥等ニ關シ其禁止前ニ賣買ヲ爲シ未タ引渡ササル前ニ於テ禁止法發布ト爲リタルカ如キ共ニ當事者ハ契約ヲ履行スルノ途爲キモノトス又甲カ乙ニ繪畫ヲ託シタルニ適ミ乙ハ病ニ罹リテ身體不隨ト爲リ終ニ其義務タル繪畫ヲ寫成スルコト能ハサルニ至リタルカ如シ此ノ如ク不履行ノ原因不可抗力ニアリテ當事者ノ雙方ニ其實ヲ歸スヘカラサルトキハ債務者ハ反對給付ヲ受クルコトヲ得ス即チ賣主ハ煙草ノ代價ヲ求ムルコト書工ハ報酬ヲ求ムルコトヲ得ス結局危險ハ債務者ノ負擔ト爲ル何故危險債務者ニ存スルカ蓋シ目的物ハ不融通物ト爲ルモ其物ハ尙モ債務者ノ手裡ニ存シ反對給付ヲ受クサルモ何等ノ損失ヲ被ルコトナシ作爲、不作爲ノ義務ニ付テモ亦同シ即チ未タ履行セサルヲ以テ毫毛損失ヲ被リタルコトナシ然ルニ反對給付ヲ受クルコトヲ得トセハ

債務者ハ却テ不當ニ利得スルコトト爲ルヘシ是レ前述目的物滅失ノ場合ト其決定ヲ異ニスル所以ナリ若シ夫レ債權者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ履行不能ト爲リタリトセザカ債權者ハ反對給付ヲ受クルノ權利ヲ失ハサルノミナラス債權者ハ其不法行爲ニ因リテ債務者ニ被ラシメタル損害ニ付キ賠償ノ責任ヲ免ルコトヲ得サルヘシ此ノ如ク債務者ニ反對給付ヲ受クル權利アルモ履行不能ノ爲メ却テ不當ニ利得スルコトヲ得ヘキニ非サルカ故ニ若シ其債務ヲ免レタルニ因リテ利益ヲ得タルトキハ之ヲ債權者ニ償還セサルヘカラス例ヘハ書工カ潤筆料中ニハ筆紙墨ノ費用モ合算セラレツツアリトスレハ其筆紙墨料ハ書工ニ於テ履行不能ノ爲メ不當ニ利得スヘキニ非サルカ故ニ依頼者ニ之ヲ償還スヘキカ如シ(第五三六條第二項)

### 第三項 第三者ノ利益ノ爲メニスル契約ノ效力

曾テ説明セルカ如ク舊民法ハ財産編第三百二十三條ニ於テ要約者カ金錢ニ見積ルコトヲ得ヘキ正當ノ利益ヲ有セサルトキハ其合意原因ナキ爲メ無効ナ

第三者ノ利益ノ爲メニ要約ヲ爲シ且之ニ過意約款ヲ加ヘサルトモハ其要約ハ要約者ニ於テ金錢ニ見積ルコトヲ得ヘキ利益ヲ有セサルモノトストノ規定ヲ設ケタリ即チ舊民法ハ羅馬法並ニ之ヲ繼承シタル佛蘭西民法ノ主義ヲ採用シ債權ノ目的ハ一ニ金錢の利益ニノミ限リ金錢利益ノ外ニ債權ノ目的ナク金錢の利益ノ外ニハ私法上制裁ヲ與フヘキモノニ非ストノ主旨ヲ貫クルモノナルモ新民法ニ於テハ既ニ第三百九十九條ニ於テ金錢ニ見積ルコトヲ得サルモノト雖モ尙ホ債權ノ目的ト爲スコトヲ得トノ趣旨ヲ明定シタルヲ以テ第三者ニ或給付ヲ爲スヘキ契約ニシテ當事者ニ金錢上ノ利益ヲ與ヘサル場合即チ舊民法ノ云フカ如ク特ニ過意約款ヲ加ヘサル場合ト雖モ其契約ハ契約トシテ當事者ヲ拘束スル有效ノモノタルコト明カナルヘシ何故ニ斯ル反對ノ主義ヲ採用セルカハ曾テ説明シタリ

然レトモ第三者ノ利益ノ爲メニスル契約ニ於ケル要約者ノ債權ハ取テ債權者自身ニ或給付ヲ受クルニハ在ラスシテ諸約者即チ相手方ヲシテ第三者ニ給付ヲ爲サシムルニ在ルヲ以テ若シ諸約者タル相手方ニ於テ第三者ニ給付ヲ爲ス

ヤ其之ヲ給付スルト同時ニ要約者ノ債權ハ消滅スヘキヤ爾ヲ缺タス若シ諸約者ニ於テ其給付ヲ爲ササルニ於テハ諸約者ハ要約者ニ對シテ債務不履行ノ責ニ任セサルヘカラス此ノ如ク當事者間ノ關係ニ至リテハ普通契約ノ場合ト異ナルナキヲ以テ別ニ説明ヲ要スルナシト雖モ其契約ハ第三者ノ利益ヲ目的トスルモノナルヲ以テ果シテ第三者ハ其契約ニ因リテ權利ヲ取得スルコトヲ得ルカ若シ然リトセハ當然其權利ヲ取得スルモノナルカ或ハ何等ノ方式若シハ意思表示ヲ要スルモノナルカ此點ニ付テハ學說立法例共ニ一致セズ

或學說ニ依レハ第三者ハ曾テ契約ニ干與セサル所ノ人ナルヲ以テ契約ノ利益ヲ受クルコト能ハス契約ハ利害共ニ當事者間ニ限ラレサルヘカラストセリ又或學說ニ依レハ第三者ハ其契約ニ因リテ直接ニ權利ヲ取得スヘシ蓋シ權利ニシテ利益ナラサルモノナキヲ以テ第三者カ不知ノ間ニ權利ヲ取得スト爲スモ曾テ第三者ニ不都合ヲ及ホスコトナク又第三者ニ直接ニ權利ヲ取得セシメシカ爲メ當事者ハ第三者ノ爲メニ契約セルモノナレハ當事者ノ意思ヲ推測シテ其意思ヲ重ノスルノ點ヨリ觀察スルモ此ノ如ク論定セサルヘカラス但シ第三者ニ於

テ故ラニ之ヲ拒絕シタル場合ニ於テハ既往ニ遡リ第三者ノ權利ハ始メヨリ成立セサルモノト看做スヘシトセリ第一ノ學說ハ佛蘭西民法其他從來ノ立法例ニ表ハルル所ニシテ第二ノ學說ハ瑞西債務法獨逸民法等ノ採用スル所ナリ蓋シ第一說ノ如ク全ク第三者ハ契約ノ利益ヲ受クルコト能ハサルモノトスルハ當事者ノ契約ノ趣旨ニ反スルモノニシテ其意思ヲ無視スルモノト謂ハサルヘカラス然レトモ又第二說ノ如ク其契約ニ因リテ第三者ヲシテ直チニ權利ヲ取得セシムルヲ謂フハ第三者ノ之ヲ知ラサルニモ拘ハラス尙ホ第三者ノ爲メニ權利ヲ發生セシムルモノニシテ是レ又其當テ得タルモノニ非ス既ニ第二說ニ依ルモ第三者カ故ラニ拒絕スルニ於テハ始メヨリ權利ナキモノト看做ササルヘカラストセリ然レトモ故ラニ拒絕セサルハ權利ナキモノトスルコト能ハサルカ即チ故ラニ拒絕セサル以上ハ承諾シタルモノト看做スハ當然ナルカ或ハ第三者カ何等ノ意思ヲ表示セサル所以ノモノハ寧ロ之ヲ以テ拒絕シタルモノト看做スコト却テ至當ナルカ將タ其中間ニアリテ拒絕モセズ承諾モセサルモノト觀ルヲ相當ナリトスルヤ成程權利ニ利益ノ分子ヲ包含セサルモノナカ

ルヘキモ利益ナルカ故ニ何人モ之ヲ受クルコトヲ甘スルモノナリト謂フコト能ハス或場合ニ於テハ慈惠心ヲ以テスルモ之ヲ受クルヲ潔シトセサル場合アルヘク又或場合ニ於テハ之ヲ受クルハ利益ナリトスルモ之ヲ受クルニ於テハ或他ノ點ニ於テ不利ナルコトナキニ非サレハ第三者ノ知ラサル間ニ其第三者ノ爲メニ權利ヲ發生セシムルハ當テ得タルモノニ非サルヘシ故チ以テ本法ハ兩說ヲ折衷シ第三者ノ爲メニ契約ヲ取結ヒタル場合ニ於テハ其第三者ノ權利ハ第三者ヨリ債務者ニ對シテ契約ノ利益ヲ受クヘキ旨ノ意思ヲ表示シタルトキ始メテ其效力ヲ生スルモノ第五三七條トセリ此故ニ第三者ニ於テ利益ヲ受クルノ意思表示即チ承諾アルマデハ當事者ハ第三者ノ爲メニ拘束ヲ受クルモノニ非サルヲ以テ其第三者ノ權利ヲ變更シ之ヲ消滅セシムルモ亦當事者ノ隨意ナリトス然レトモ一度利益ヲ受クルノ意思表示アルヤ第三者ノ權利ハ此ニ發生スヘキヲ以テ當事者ハ最早之ヲ處分スルコト能ハサルナリ第五三八條

法律カ特ニ此規定ヲ設ケタル所以ノモノハ蓋シ第三者ノ權利ハ契約ニ基因ス

テ故ラニ之ヲ拒絕シタル場合ニ於テハ既往ニ遡リ第三者ノ權利ハ始メヨリ成立セサルモノト看做スヘシトセリ第一ノ學說ハ佛蘭西民法其他從來ノ立法例ニ表ハルル所ニシテ第二ノ學說ハ瑞西債務法獨逸民法等ノ採用スル所ナリ蓋シ第一說ノ如ク全ク第三者ハ契約ノ利益ヲ受クルコト能ハサルモノトスルハ當事者ノ契約ノ趣旨ニ反スルモノニシテ其意思ヲ無視スルモノト謂ハサルヘカラス然レトモ又第二說ノ如ク其契約ニ因リテ第三者ヲシテ直チニ權利ヲ取得セシムルヲ謂フハ第三者ノ之ヲ知ラサルニモ拘ハラス尙ホ第三者ノ爲メニ權利ヲ發生セシムルモノニシテ是レ又其當テ得タルモノニ非ス既ニ第二說ニ依ルモ第三者カ故ラニ拒絕スルニ於テハ始メヨリ權利ナキモノト看做ササルヘカラストセリ然レトモ故ラニ拒絕セサルハ權利ナキモノトスルコト能ハサルカ即チ故ラニ拒絕セサル以上ハ承諾シタルモノト看做スハ當然ナルカ或ハ第三者カ何等ノ意思ヲ表示セサル所以ノモノハ寧ロ之ヲ以テ拒絕シタルモノト看做スコト却テ至當ナルカ將タ其中間ニアリテ拒絕モセズ承諾モセサルモノト觀ルヲ相當ナリトスルヤ成程權利ニ利益ノ分子ヲ包含セサルモノナカ

ルヘキモ利益ナルカ故ニ何人モ之ヲ受クルコト甘スルモノナリト謂フコト能ハス或場合ニ於テハ慈惠心ヲ以テスルモ之ヲ受クルヲ潔シトセサル場合アルヘク又或場合ニ於テハ之ヲ受クルハ利益ナリトスルモ之ヲ受クルニ於テハ或他ノ點ニ於テ不利ナルコトナキニ非サレハ第三者ノ知ラサル間ニ其第三者ノ爲メニ權利ヲ發生セシムルハ當テ得タルモノニ非サルヘシ故チ以テ本法ハ兩說ヲ折衷シ第三者ノ爲メニ契約ヲ取結ヒタル場合ニ於テハ其第三者ノ權利ハ第三者ヨリ債務者ニ對シテ契約ノ利益ヲ受クヘキ旨ノ意思ヲ表示シタルトキ始メテ其效力ヲ生スルモノ第五三七條トセリ此故ニ第三者ニ於テ利益ヲ受クルノ意思表示即チ承諾アルマデハ當事者ハ第三者ノ爲メニ拘束ヲ受クルモノニ非サルヲ以テ其第三者ノ權利ヲ變更シ之ヲ消滅セシムルモ亦當事者ノ隨意ナリトス然レトモ一度利益ヲ受クルノ意思表示アルヤ第三者ノ權利ハ此ニ發生スヘキヲ以テ當事者ハ最早之ヲ處分スルコト能ハサルナリ第五三八條

法律カ特ニ此規定ヲ設ケタル所以ノモノハ蓋シ第三者ノ權利ハ契約ニ基因ス



ルモノニシテ面シテ契約ハ當事者ニ於テ自由ニ變更廢棄スルコトヲ得ルモノナレハ縱令第三者ノ權利ノ發生シタル後ト雖モ當事者ノ處分ハ尙ホ有效ノモノナリト論スルモノアルヤモ期スヘカラストト掛念ニ外ナラスト雖モ予輩ハ既ニ第三者ノ利益ノ爲メニスル契約ハ有效ナリトシ第三者ノ權利ハ第三者ノ意思表示ニ因リテ發生スト規定スル以上ハ其權利發生後ニ當事者カ契約ヲ變更廢棄スルコト能ハサルハ明文ヲ缺テ後知ル所ニ非サルヲ信ス何トナレハ其權利發生後ニモ尙ホ當事者ニ於テ第三者ノ權利ヲ隨意ニ處分スルコトヲ得ルモノトセハ第三者ノ權利ハ實ニ有名無實ノモノナルヘキカ故ナリ然レトモ第三者ノ權利ヲ當事者ニ於テ處分スルコト能ハサルモノハ既ニ第三者ノ爲メニ權利ヲ發生シタルカ故ニ外ナラサレハ其權利ノ發生スル以前ニ於テハ既ニ既述セラルカ如ク當事者ノ隨意ヲ以テ之ヲ變更廢棄スルコトヲ得ルノミナラス契約ニ基固スル所ノ第三者ノ權利ナルヲ以テ契約ニ基固スル抗辯ハ債務者ヨリ第三者ニ對シテ又有效ニ之ヲ對抗スルコトヲ得ヘシ之ニ反シ其契約成立後ニ生シタル事由ニ基ク抗辯ハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

### 第三款 契約ノ解除

契約ノ解除ナルモノハ債務者ノ債務不履行ニ因リテ債權者ノ被ルヘキ損害ヲ防止スル一方法タリ蓋シ債權者ノ不履行ニ對スル損害ヲ防止スルニ付テハ損害要償ノ救済方法ノ存スト雖モ損害要償權ハ普通ノ債權ニ外ナラスシテ其請求ニ依リテ受クル所ノモノハ他ノ債權者ノ配當加入ヲ拒ムコト能ハス即チ何レノ場合ニ於テモ債務者ノ無資力ナル結果ヲ被ラサルヘカラス契約ノ解除權ニ至リテハ等シク損害防止ノ方法ナルモ其主眼トスル所ハ當事者雙方ヲシテ契約以前ノ地位ニ復セシムルニ在リ即チ一物ヲ賣買シテ買主代價ヲ支拂ハストセハ賣主ハ此場合ニ於テ契約ヲ維持シテ代價ヲ請求シ若クハ不支拂ヲ原因トシテ契約ヲ解除シ賣品ヲ取戻スコトヲ得ヘシ而シテ第五百四十條ノ法文ニ云フカ如ク契約ノ解除ニハ法律ノ規定ニ依ルモノト當事者ノ意思表示即チ契約ニ依ルモノトノ二種アリ法律ノ規定ニ依ルモノトハ法律カ各場合ニ於テ特ニ明文ヲ以テ規定スル所ノモノニシテ既ニ次ノ第五百四十一條第五百四十二條第五百四十三條ノ如キ或ハ又賣買契約ニ付テノ第五百六十一條ノ如キ貸貸

借契約ニ於タル第六百十條第六百一十一條第一項ノ如キ又風備契約ノ第六百二十五條末項第六百二十六條第一項委任契約ニ於タル第六百五十一條等ノ如キ是ナリ契約ニ依ル解除ハ固ヨリ千差萬別ナリト雖モ法律カ此ニ契約ノ解除トシテ規定スル所ノモノハ右ノ如ク法律ノ明文ヲ以テ示ス場合若クハ當事者カ契約ヲ以テ解除ヲ約束シタル場合ニ於テ如何ニ契約ハ解除セラレルカ即チ如何ナル時期ニ於テ解除權ハ發生スルカ又解除權ヲ行使シタル結果ハ如何或ハ其解除權ナルモノハ如何ナル場合ニ於テ發生スルカ又如何ナル事由ニ因リテ消滅スルカノ諸點ニ存ス蓋シ是等ノ規定ト雖モ固ヨリ當事者ノ意思ヲ推定シタル純然タル私法的规定ニ外ナラサルヲ以テ當事者ニ於テ反對ノ契約ヲ爲スコトヲ妨ケス

### 第一項 解除ノ方法

契約解除ノ方法ハ新民法ノ規定ニ從ヘハ解除權ヲ有スル者カ相手方ニ對シテ契約解除ノ意思表示ヲ爲スニ依リテ行ハルトアリ即チ契約ヲ解除スル旨ノ一片ノ通知ヲ爲スニ因リ契約ハ消滅スルモノトス第五四〇條是レ舊民法ト全ク

其主義ヲ異ニスル一點ナリ舊民法財産編第四百二十一條ニ依レハ契約ノ解除ハ之ヲ裁判所ニ請求シタル上裁判所ノ判決ヲ受ケサルヘカラス即チ判決ニアラサレハ解除ヲ爲スコト能ハサルモノトセリ蓋シ其理由タル契約ノ解除ハ債務不履行ニ基クモノナルモ果シテ債務者ニ於テ其債務ヲ履行シタルヤ否ヤハ裁判所ノ審理ヲ經ルニ在ラサレハ確的ニ判明スルコト能ハス然ルニ債權者ノ一片ノ意思表示ヲ以テ此ニ契約ヲ解除スルハ事ヲ取扱フニ於テ輕卒ニ失スルモノニシテ債務者ハ之カ爲メニ甚カラサル損害ヲ被ルコトナキヲ保スヘカラスト謂フニ在リ成程事ノ鄭重確實ヲ期スル上ヨリ云ヘハ蓋シ一步ヲ尙フルモノニ外ナラサルモ契約解除ノ爲メニ裁判所ヲ煩ス結果トシテ當事者ハ之ト同時ニ少カサル費用ト時間トヲ要スルノミナラス其間當事者ノ地位ヲ不確定ノ間ニ彷徨セシメサルヘカラス尙ホ且ツ裁判上ノ解除ヲ可ナリトスルノ理由果シテ此ニ在リトセハ當事者ノ約束ヲ以テ契約ヲ當然解除セシムルト云フコトハ法律カ裁判上ノ解除ヲ可トスルニ對シテハ少クモ理由ニ於テ懸觸スルモノト謂ハサルヘカラス換言スレハ當事者ノ特約ヲ以テ當然契約ヲ解除スルコ

トヲ得又之ヲ解除シテ差支ナキモノトセハ縱令特約ナキ場合ト雖モ裁判所ニ之ヲ請求シテ餘分ノ費用ト時日トヲ費スニハ及ハサルニ非スヤ即チ特約ナキモ當然解除セラルルモノトスルハ不都合ナキナリ然ルニ舊民法ハ當事者ノ特約ヲ以テ契約ヲ當然解除スルコトヲ得セシムルニモ拘ハラズ(財産編第四二一條)特約ナキ場合ニ於テハ必ス裁判所ニ請求セサルヘカラストセリ蓋シ如何ナル場合ニ於テモ契約ハ當然之ヲ解除スルコトヲ得トスルハ理論上不都合アルニトナク又實際上ニ於テモ之ヨリ簡易ナル方法アラサルナリ元來契約ノ解除ハ相手方ノ債務不履行ニ基因スルモノナルヲ以テ相手方カ當然解除ノ非運ニ陷ルモ亦自ラ招ク所ト謂ハサルヘカラスト然レトモ新民法ハ更ニ他ノ理由ニヨリ原則トシテハ此當然解除ノ主義ヲ採用セス其故ハ當然解除ノ主義ハ尤モ簡便ナル方法ニ相違ナキモ其方法ノ簡便ナルト共ニ未ダ法律思想ノ發達セサル一般人民ハ之カ爲メニ不知ノ間ニ權利ヲ喪失シ意外ノ損失ヲ被ルコトナシト謂フヘカラスト云フニ在リ畢竟其理由ハ敢テ理論的觀念ニ基キタルモノニ非スシテ寧ロ現在文化ノ程度民情ノ如何ヲ考察シテ實際的便宜ニ基キタルモノニ外

ナラサルナリ

解除ノ意思表示ハ一旦之ヲ爲シタル上ハ最早之ヲ取消スコトヲ得ス若シ之ヲ爲スモ其取消ハ無効ナリトス是レ相手方即チ被解除者ノ利益ヲ慮リタルモノニシテ解除ノ通知ヲ受ケタル相手方ハ契約ノ目的物ニ付キ更ニ他人ト第二ノ契約ヲ爲スコトナキヲ期セサルハナリ

## 第二項 解除權ノ發生

解除權ハ契約ノ不履行ニ對スル一ノ賠償方法ニ外ナラサルヲ以テ解除權ノ發生原因ハ即チ契約ノ不履行ナリトス然レトモ契約ノ不履行ト總稱スル中ニハ債務者ニ於テ履行シ得ルモ履行セサル場合ト事實上履行シ能ハサル場合即チ履行不能トノ場合アリ此二箇ノ場合ニ付テ法律ハ其規定ヲ異ニセリ

### 第一 履行ヲ怠リタル場合

此場合ニハ原則ト例外トアリ

(一) 原則 當事者ノ一方カ債務ヲ履行セサルトキハ相手方ハ相當ノ期間ヲ定メテ履行ノ催告ヲ爲シ其期間内ニ於テ履行ナクシテ始メテ契約ノ解除行ハル

〔第五四〕條約言スレハ原則トシテ相當期間ヲ定メテ履行ヲ催告セサルヘカラス否ヲサレハ解除權ハ發生セス此催告ヲ要スル理由ハ相手方ヲ覺醒シテ以テ不知ノ間ニ權利ヲ失フカ如キコトナカラシメシカ爲メナリ舊民法ハ解除ノ請求ヲ受クタル裁判所ハ事情ニ依リテ債務者ニ恩惠期限ヲ與フルコトヲ得ルモノトセリ新民法ハ曾テ此規定ヲ採用セサルモ法律カ依リテ以テ違ゼントスル所ノ希望ハ共ニ同一ナリト謂フヘシ此原則ハ雙務契約ナルト片務契約ナルトヲ問ハス總テノ契約ニ適用セラヘキ法則ナルカ故ニ委任契約寄託契約或ハ贈與契約ノ如キ片務契約ニテモ當事者ノ何レヲ問ハス相手方ノ不履行アレハ此原則ニ依リテ契約ヲ解除スルコトヲ得蓋シ雙務ト片務トニ因リテ其規定ヲ異ニスル理由アラサルヲ以テナリ是レ又舊民法ト異ナル所ニシテ舊民法ハ第四百二十一條ニ雙務契約ニ於テノ解除權ヲ認メ居レリ

(二) 例外 即チ催告ヲ以テ始メテ解除權發生スルトノ例外ニシテ債務履行ノ期限ヲ經過シタリトノ一事ヲ以テ契約ノ解除行ハルモノトスルニ在リ〔第五四二條但シ其例外ニ屬スヘキモノハ契約ノ性質又ハ當事者ノ意思表示ニ依リ

テ一定ノ時期ニ履行スルニ非サレハ契約ノ目的ヲ達スルコト能ハサルモノノミニ限ラル尤モ之ヲ解除スルニ付テハ無論其解除ノ意思表示ヲ爲ササルハカラス或ハ此原則ト例外トヲ契約ノ履行ニ期間ノ定アル場合ト定ナキ場合トニ分説スルモノアルモ據見タリ何トナレハ第五百四十一條ニ規定スル所即チ手摺ノ觀テ以テ原則トスル所ノモノハ獨リ履行期間ノ定ナキ場合ノミナラス縱令期間ノ定アルモ所謂契約ノ性質又ハ當事者ノ格段ナル意思表示ニ依リテ期間後ノ履行力契約ノ目的ヲ達スルコト能ハサルモノニ非サル場合ヲモ包含スルモノト觀ルハ行文ノ上ニ於テ相當ノ解釋ナルノミナラス亦能ク法律ノ精神ニ適合スルモノナレハナリ

## 第二 履行不能ハサル場合

解除權ハ債務者ノ不履行ニ對シテ債務者ノ有スル權能ナルヲ以テ履行不能ノ原因力債權者ノ責ニ歸スヘキ場合ハ勿論天災又ハ不可抗力ニ因リテ目的物ノ滅失シタル場合ニ於テハ解除權ヲ行フ能ハス之ヲ行使スルコトヲ得ルハ唯債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リ履行不能ト爲リタル場合ニ限ル〔第五四三條但

シ其履行ノ不能ハ全部ナルト又一部ナルトヲ問ハス蓋シ一部ノ履行ハ債權者ニ比較的ノ利益ヲ與ヘサルノミナラス債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ一部ノ不履行ヲ來シ而シテ尙ホ一部ノ履行シ得ルカ爲メニ契約ヲ解除スルコト能ハストセハ恰モ債務者ノ所爲ヲ以テ債權者ニ一部ノ辨濟ヲ強要スルノ不條理ニ歸著ススヘキカ故ナリ尤モ解除權ヲ行使スルト否トハ債權者ノ權能ナルヲ以テ債權者ハ之ヲ行使セスシテ一部ノ履行ヲ受クルコトヲ得又其一部ノ履行ヲ受クタリトテ債務者ニ對スル損害賠償債權ヲ失フモノニ非ス

### 第三項 解除權ノ行使

解除權ハ可分ノモノナルカ不可分ノモノナルカハ解除權ノ行使ニ關スル問題ニシテ同一ノ契約ニ付キ數名ノ債權者若クハ數名ノ債務者アルカ或ハ同時ニ數名ノ債務者債權者アルニ因リテ問題ノ實用賡ルルモノトス  
諸君ハ既ニ第四百二十七條ニ於テ債權債務ハ連帶又ハ不可分ノ特約ナキ限ハ各債權者間及ヒ各債務者間ニ分割セラルルトノ原則ヲ知ラルナラバ此一般ノ通則ヲ解除權ニ適用スルトキハ數名ノ債權者又ハ債務者ノ在ル場合ニハ各

債權者又ハ各債務者ニ於テ箇箇ニ或ハ契約ヲ解除シ或ハ契約ヲ解除セサルコトヲ得ルモノト謂ハサルヘカラスト雖モ最初同一ニ成立シタル權利義務力違中ヨリ別則ニ其存否ヲ異ニシテ各債權者ハ他ノ債權者ノ意思ニ拘ハラズ隨意ニ解除權ヲ行使シ又數債務者中ノ或者ニ對シテハ契約ヲ維持スルト謂フハ其關係支離滅裂スルニ至リ實際ニ不便ヲ感スヘキハ勿論共同債務者共同債權者ニアリナカラ共同ノ運命ヲ繼續セサルハ理ニ於テ既ニ共同ノ實ヲ失ヒタルモノト謂ハサルヘカラスト故ニ法律ハ第五百四十四條ニ於テ當事者ノ一方カ數人アル場合ニ於テハ契約ノ解除ハ其全員ヨリ又ハ其全員ニ對シテノミ之ヲ爲スコトヲ得ト規定シ所謂解除權ノ不可分ナルコトヲ明カニセリ其第二項ハ解除權ノ不可分ナルヨリ生スル當然ノ結果ニ外ナラス

### 第四項 解除ノ效力

契約解除ノ效力ハ一言以テ之ヲ蔽ヘハ原狀回復ノ四字ニ約スルコトヲ得ヘシ即チ當事者雙方ヲシテ未ダ曾テ契約ヲ結ハサリシ當時ノ狀況ニ復セシムルモノニシテ隨テ其契約ニ因リテ或給付ヲ爲スヘキ義務ヲ有スル者ハ之ヲ給付ス

ル義務ナク既ニ給付セルモノハ之ヲ返還セシムルコトヲ得ヘシ返還スヘキ物  
ニ付テ生シタル果實或ハ產出物ノ如キ總テノ増殖物ハ主從ノ關係ニ於テ原物  
ト共ニ返還セセサルヘカラス若シ其物カ金錢ナレハ法律ノ規定ニ依リテ利息  
ヲ附シテ返還セサルヘカラス又返還スヘキモノヲ保存シ改竄シタル爲メニ費  
用ヲ要シタルトキハ相手方ハ不當ニ利得スヘキニ非ルヲ以テ之ヲ支拂ハサル  
ヘカラス此ノ如ク契約ヲ解除シテ原狀ニ復スル爲メニハ當事者雙方ハ又反對  
ノ方面ニ於テ互ニ義務ヲ負擔スルモノナルヲ以テ其之ヲ履行スルニ付テハ雙  
務契約ノ所謂同時履行ノ法則ニ從ハサルヘカラス  
然レトモ一度解除セラレタル契約ハ更ニ解除スルコト能ハサルヲ以テ此場合  
ニ於ケル相手方ノ不履行ハ更ニ解除ノ原因ト爲ルヘキモノニ非ス  
此原狀回復ニ付テノ制限ハ第三者ノ利益ヲ害スヘカラサルニ在リ換言スレハ  
第三者ヲ害セサル範圍ニ於テ解除スルヲ得ルニ在リ例ヘハ土地賣買ニ於テ第  
三者ニ轉賣シタル場合ニ解除ノ結果第三者ヨリ之ヲ取戻スコトヲ得サルカ如  
シ畢竟此場合ニハ相手方ニ對シテ損害賠償權ヲ行使スルノ外ナキナリ

### 第五項 解除權ノ消滅

解除權ノ消滅スヘキ場合三アリ

第一 解除權ノ行使ニ付テ期間ノ定アル場合ハ其期間内ニ之ヲ行使セザリシ  
トキ

第二 解除權ノ行使ニ付テ期間ノ定ナキ時ニ相手方ノ催告ノ期間内ニ解除ノ  
通知ヲ爲サザリシトキ(第五四七條即チ永ク相手方ヲシテ不安ノ地位ニ立タ  
シメサルカ爲メナリ)

第三 解除權ヲ有スル者ノ行爲又ハ過失ニ因リテ契約ノ目的物ヲ著シク毀損  
シ若クハ之ヲ返還スルコト能ハサルニ至ラシメタルトキ又ハ加工改造ニ因  
リテ之ヲ他種ノ物ニ變シタルトキ(第五四八條第一項)

以上契約ニ關スル大體ヲ説了セリ尙ホ予ノ擔任トシテ贈與ノ一節ヲ餘セルモ  
該節ノ法理ハ簡明ニシテ通讀ノ下容易ニ其意ヲ領得シ得ヘキモノト信スルヲ  
以テ敢テ講述ノ勞ヲ執ラス乞フ之ヲ諒セヨ

### 民法債權(契約)終

民法債權

民法債權(契約)講義

第一章 債權の總論

第一節 債權の概念

債權とは、債権者から債務者へ、一定の物または金銭の給付を請求する権利をいふ。

債權の分類

一、種類別

（一）特定債と不特定債

（二）単独債と共同債

（三）有償債と無償債

（四）移転債と不移転債

（五）主債と从債

（六）偶発債と必然債

（七）定期債と不定期債

（八）附条件債と附期限債

（九）附停止条件債と附消滅条件債

（十）附始期債と附終期債

（十一）附停止期限債と附消滅期限債

（十二）附始期限債と附終期限債

（十三）附停止条件期限債と附消滅条件期限債

（十四）附始条件期限債と附終条件期限債

（十五）附停止条件期限債と附消滅条件期限債

（十六）附始条件期限債と附終条件期限債

（十七）附停止条件期限債と附消滅条件期限債

（十八）附始条件期限債と附終条件期限債

（十九）附停止条件期限債と附消滅条件期限債

（二十）附始条件期限債と附終条件期限債

（二十一）附停止条件期限債と附消滅条件期限債

（二十二）附始条件期限債と附終条件期限債

（二十三）附停止条件期限債と附消滅条件期限債

（二十四）附始条件期限債と附終条件期限債

（二十五）附停止条件期限債と附消滅条件期限債

（二十六）附始条件期限債と附終条件期限債

（二十七）附停止条件期限債と附消滅条件期限債

（二十八）附始条件期限債と附終条件期限債

（二十九）附停止条件期限債と附消滅条件期限債

（三十）附始条件期限債と附終条件期限債

（三十一）附停止条件期限債と附消滅条件期限債

（三十二）附始条件期限債と附終条件期限債

（三十三）附停止条件期限債と附消滅条件期限債

（三十四）附始条件期限債と附終条件期限債

（三十五）附停止条件期限債と附消滅条件期限債

（三十六）附始条件期限債と附終条件期限債

（三十七）附停止条件期限債と附消滅条件期限債

（三十八）附始条件期限債と附終条件期限債

（三十九）附停止条件期限債と附消滅条件期限債

（四十）附始条件期限債と附終条件期限債

（四十一）附停止条件期限債と附消滅条件期限債

（四十二）附始条件期限債と附終条件期限債

（四十三）附停止条件期限債と附消滅条件期限債

（四十四）附始条件期限債と附終条件期限債

（四十五）附停止条件期限債と附消滅条件期限債

（四十六）附始条件期限債と附終条件期限債

（四十七）附停止条件期限債と附消滅条件期限債

（四十八）附始条件期限債と附終条件期限債

（四十九）附停止条件期限債と附消滅条件期限債

（五十）附始条件期限債と附終条件期限債

（五十一）附停止条件期限債と附消滅条件期限債

（五十二）附始条件期限債と附終条件期限債

（五十三）附停止条件期限債と附消滅条件期限債

（五十四）附始条件期限債と附終条件期限債

（五十五）附停止条件期限債と附消滅条件期限債

（五十六）附始条件期限債と附終条件期限債

（五十七）附停止条件期限債と附消滅条件期限債

（五十八）附始条件期限債と附終条件期限債

（五十九）附停止条件期限債と附消滅条件期限債

（六十）附始条件期限債と附終条件期限債

（六十一）附停止条件期限債と附消滅条件期限債

（六十二）附始条件期限債と附終条件期限債

（六十三）附停止条件期限債と附消滅条件期限債

（六十四）附始条件期限債と附終条件期限債

（六十五）附停止条件期限債と附消滅条件期限債

（六十六）附始条件期限債と附終条件期限債

（六十七）附停止条件期限債と附消滅条件期限債

（六十八）附始条件期限債と附終条件期限債

（六十九）附停止条件期限債と附消滅条件期限債

（七十）附始条件期限債と附終条件期限債

（七十一）附停止条件期限債と附消滅条件期限債

（七十二）附始条件期限債と附終条件期限債

（七十三）附停止条件期限債と附消滅条件期限債

（七十四）附始条件期限債と附終条件期限債

（七十五）附停止条件期限債と附消滅条件期限債

（七十六）附始条件期限債と附終条件期限債

（七十七）附停止条件期限債と附消滅条件期限債

（七十八）附始条件期限債と附終条件期限債

（七十九）附停止条件期限債と附消滅条件期限債

（八十）附始条件期限債と附終条件期限債

（八十一）附停止条件期限債と附消滅条件期限債

（八十二）附始条件期限債と附終条件期限債

（八十三）附停止条件期限債と附消滅条件期限債

（八十四）附始条件期限債と附終条件期限債

（八十五）附停止条件期限債と附消滅条件期限債

（八十六）附始条件期限債と附終条件期限債

（八十七）附停止条件期限債と附消滅条件期限債

（八十八）附始条件期限債と附終条件期限債

（八十九）附停止条件期限債と附消滅条件期限債

（九十）附始条件期限債と附終条件期限債

（九十一）附停止条件期限債と附消滅条件期限債

（九十二）附始条件期限債と附終条件期限債

（九十三）附停止条件期限債と附消滅条件期限債

（九十四）附始条件期限債と附終条件期限債

（九十五）附停止条件期限債と附消滅条件期限債

（九十六）附始条件期限債と附終条件期限債

（九十七）附停止条件期限債と附消滅条件期限債

（九十八）附始条件期限債と附終条件期限債

（九十九）附停止条件期限債と附消滅条件期限債

（一百）附始条件期限債と附終条件期限債

(三十二年度講義録)

法學士 兩角 彦六 講述

# 民法債權(契約)講義

和佛法律學校發行

民法債權總論

十二

民法債權(契約)總則目次

緒論	一
第一節 總則	五
第一款 契約ノ成立	六
第二項 契約ノ成立條件	六
第三項 當事者ノ意思	三〇
第四項 契約成立ノ時期	四四
第五項 申込及承諾ノ效力	五四
第六項 廣告	七二
第二款 契約ノ效力	八三
第一項 一般契約ニ關スル效力	八五
第二項 雙務契約ノ效力	九一
第三項 第三者ノ利益ノ爲メニスル契約ノ效力	一一一

民法債權目次



第三款 契約ノ解除	一一七
第一項 解除ノ方法	一一八
第二項 解除權ノ發生	一二一
第三項 解除權ノ行使	一二四
第四項 解除ノ效力	一二五
第五項 解除權ノ消滅	一二七

## 民法債權(契約)目次 終

ハ公ノ義務タルト同時ニ他ノ一方ニ於テハ公ケノ權利タルモノナリ故ニ之ヲ外國人ニ負ハシメサルヲ通義トス然レトモ其兵役ニ代ヘテ免役税ヲ科スルコトアリ又免役税ニ代フルニ人頭税若クハ入國税ヲ課スルコトアリ我邦ト歐米トノ改正條約ニハ外國人ハ互ニ兵役ノ義務ヲ負ハス又戰時ノ負擔ヲ爲スコトナシト規定セリ唯戰爭ノ必要ニ因リ徵發令ニ服スヘキヤ否ヤハ條約上ノ疑問ナリト雖モ此等ノ義務ハ固ヨリ之ヲ命スルコトヲ得サルヘカラス何トナレハ若シ外國人カ一切此等ノ義務ヲ負擔セストセハ國家主權ノ行動ヲ妨ケ且ツ外國人ハ內國人ヨリモ多クノ權利ヲ有スルノ結果ト爲リ甚タ其當ヲ得サレハナリ

二三ノ英國殖民地ハ日英條約ニ加入セリ然レトモ外國人ニ對スル兵役義務及ヒ免役税ヲ免スルノ條件ヲ省ケリ故ニ日本人ハ其殖民地ニ於テ兵役ノ義務アルト同時ニ殖民地ノ人民モ亦日本ニ於テ免役ノ特典ナシ但シ實際ニ於テハ之ヲ課セサルヘシ

政權國民權又ハ市民權ト稱スルモノヲ包含スハ一國憲法上ノ權利ニシテ直接又ハ間接ニ施政ノ機關ニ屬シ國家ト密接ノ關係ヲ有スルモノナルヲ以テ之ヲ一國國民ノ特權ト爲シ古來何レノ國ニ於テモ外國人ニ附與セサルヲ原則トセリ是レ此種ノ權利ヲ稱シテ國民權ト稱スル所以ナリ而シテ此權利ノ中ニハ純然タル政權及ヒ一國ノ公ノ職務トシテ外國人ニ附與セサル權利トノ別アリ純然タル政權ヲ外國人ニ與ヘサルハ殆ト議論ナキ所ニシテ例ヘハ議會ノ議員ト爲ル權選舉權其他文武ノ官吏ト爲ル權ノ如シ然レトモ或種類ノ職務カ果シテ公ノ職務ニシテ國民ノ特權ナリヤ否ヤニ付テハ大ニ疑ハシキ場合アリ即チ其職務カ官職ナリヤ公職ナリヤニ付キ疑ハシキ場合アリ又或職務カ公ノ職務ナリヤ私ノ職業ナリヤニ付キ疑ハシキ場合アリ而シテ第一ノ場合ハ何レニ論決スルモ外國人ニ與フヘキ權利ニ非サルヲ以テ之ヲ論究スルノ要ナシト雖モ第二ノ場合ハ大ニ之ヲ論究スルノ必要アリ殊ニ我國ニ於テハ改正條約實施ノ今日之ヲ研究スルノ必要甚タ大ナリトス今其重ナルモノヲ左ニ示サン

一 辯護士ト爲ルノ權利

外國人ハ内國ノ辯護士ト爲ルコトヲ得ルヤ佛國ニ於テハ外國ノ辯護士ヲシテ法廷ニ出タルコトヲ許スモ法服ヲ著スルコトヲ許サズ白耳義ニ於テモ亦外國人ノ辯護士タルコトヲ許シ唯外國人タル辯護士ニハ裁判官ニ選任セラルルノ資格ヲ與ヘサルコトトセリ人或ハ外國人ヲシテ辯護士タラシムルトキハ其結果外國人ヲシテ裁判官タラシムルニ至ルカ故ニ辯護士ハ必ス内國人ニ限ラサルヘカラスト論スル者アリト雖モ白耳義ノ如キ制度ヲ取ルニ於テハ毫モ妨ケナカルヘシ然リト雖モ辯護士ハ時トシテ公ノ職務ヲ行フコトアリ即チ重罪事件ニ付キ裁判所ヨリ選定セラルルトキハ公ノ職務ヲ行フモノナルヲ以テ此點ヨリ觀レハ外國人ヲシテ辯護士タラシメサルヲ可トスヘキカ如シ故ニ予ハ一般ノ原則トシテハ之ヲ許ササルヲ可トシ唯條件ヲ附シテ之ヲ許スモ敢テ妨ケナシト信ス

## 二 陪審官ト爲ルノ權

陪審官ト爲ルノ權ニ付テモ學者間議論ノ存スル所ニシテ之ヲ許サストスル者多キカ如シ是レ畢竟一ノ公職ナレバナリ然レトモ或國ニ於テハ之ヲ權利ト看

做サスシテ一種ノ義務ナリトシ外國人モ亦此義務ヲ負フヘキモノナリトスル  
ノ結果其陪審官ト爲ルコトヲ許セリ英國ノ如キ則チ然リ  
三 宗教上ノ職務ニ就クノ權

國教ヲ有スル國ニ於テハ其國教ノ布教者ハ一ノ公職ナリ隨テ外國人ハ其布教  
者タルコトヲ得ス佛國及ヒ露國ノ如ク僧侶ノ位階ヲ設ケ官ヨリ任命スル國ニ  
在リテハ外國人ノ僧侶タルコトヲ許サス然レトモ我國ノ如ク國教ヲ認メタル  
國ニ在リテハ布教者ノ公職ナリヤ否ヤハ多少ノ疑ナキ能ハス唯官國幣社ノ宮  
司ハ一種ノ官吏ナルコト更ニ疑ヲ容レサルカ如シ而シテ村社、郷社ノ神官寺院  
ノ住職等ニ至リテハ多少疑ナキニアラスト雖モ今日ノ制度ヨリ言ヘハ管長ニ  
於テ之ヲ任シ且ツ內務省ニ届出ツルコトヲ要スルモノナルカ故ニ之ヲ一ノ公  
ノ職務ナリト解スルヲ妥當トス但シ耶蘇教ノ教師ハ全ク官廳ノ關與セサル所  
ナルヲ以テ之ヲ公職ナリト謂フコトヲ得ス然レトモ是レ亦信教ノ自由トシテ  
日本ノ安寧ニ害ナキ限リハ之ヲ禁スルコトナカルヘシ殊ニ牧師、宣教師等ハ今  
日未タ公ニ認メラレタル名稱ニアラサルヲ以テ之ヲ外國人ニ許スト否トノ問

題ヲ生セサルヘシ

四 學校長學監及ヒ教員ト爲ルノ權

學校長學監ト爲ルノ權ニ付テハ各國其制度ヲ異ニセリ

(一) 官立ノ學校ニ付テハ議論ノ存スル所ナシ即チ官吏ナルヲ以テ外國人ニ  
之ヲ許サス

(二) 公立ノ學校ニ付テモ亦前ノ場合ト同一ナリ是レ一ノ公ノ職務ナレハナ  
リ尤モ我國ニ於テハ從來外國人ヲ以テ教師ト爲スモ此等ハ官職ニアラサ  
ルナリ外國ニ於テモ亦語學ノ教師トシテ外國人ヲ用フルコト多シ

(三) 私立ノ學校ニ付テハ最モ議論ノ存スル所ニシテ外國人カ自由ニ之ヲ設  
立シ學監、校長、教師ト爲リ一般ノ就學者ヲ教育スルコトヲ得ルヤ否ヤハ疑  
問ニ屬セリ今各國ノ實際ヲ見ルニ或ハ外國人ト雖モ一定ノ教育アル者ハ  
內國ニ於テ教員ト爲ルコトヲ許スモノアリ又或ハ學校ノ種類ニ因リ內國  
ニ於テ檢定試験ヲ經タル上之カ教員タルコトヲ許スモノアリ即チ此等ノ  
制度ハ外國人ノ教員タルコトヲ許ササルモノニアラスシテ唯或資格ヲ必

要トスルノミ但シ學校ノ行政ヲ爲ス者及ヒ之ヲ統率スル者ハ一般ニ内國  
人タルコトヲ必要トセリ現今我國ニ於テハ名義上内國人ヲ以テ校長ト爲  
シ實際外國人ノ組織ニ係ル學校アリ又現ニ外國人ヲ以テ校長ト爲セル學  
校アリ此等ハ多クハ外國人ノ教育ヲ目的ト爲スモノナリト雖モ今日此等  
ノ學校ヲシテ内國人ノ普通教育ヲモ爲サシムヘキヤ否ヤハ一ノ問題ニシ  
テ我政府ニ於テハ普通教育ヲ目的トスル學校ハ一切設立スルコトヲ許サ  
サル方針ナリト聞ケリ蓋シ普通教育ハ各國其方針ヲ異ニスルカ故ニ妄リ  
ニ外國人ノ爲ス所ニ放任スヘカラサルハ論ヲ俟タスト雖モ若シ外國人ニ  
シテ我教育ノ方針ニ違ハサル學科ヲ教授スルニ於テハ強テ之ヲ禁スルノ  
要ナク現ニ歐洲諸國ニ於テハ概テ之ヲ默許セリ唯現今ノ如ク耶蘇教ヲ以  
テ眼目ト爲スモノハ我教育ノ方針ニ反スルカ故ニ之ヲ禁スルヲ可トスヘ  
キカ如シ

五 爵位貴號ヲ受クルノ權

爵位貴號ハ一國臣民ノ待遇ニ關スル階級ヲ定ムルモノニシテ國民ノ特權ニ屬

スルカ故ニ外國人ヘ之ヲ受クルコト能ハス然レトモ勳章年金ニ至リテハ素ト  
國家ニ勤勞アル内國人ニ與フヘキモノナレトモ今日一般ノ例ニ依レハ獨リ内  
國人ニ限ラス外國人ニモ之ヲ與フヘキモノトセリ殊ニ外交上ノ關係ニ於テハ  
之ヲ與フル場合頗ル多シトス

六 公ノ立會人、證人及ヒ鑑定人ト爲ルノ權

公正證書作成ノ立會人又ハ財產差押ノ立會人ト爲ルハ公ノ職務ニ屬スルコト  
疑ナキ所ニシテ外國ノ立法例若クハ判決例ニ於テモ多クハ之ヲ外國人ニ許サ  
ス我國ニ於テモ亦之ヲ許ササルモノナリト信ス反之裁判所ニ於ケル民事刑事  
ノ證人鑑定人身分登錄ノ場合ニ於ケル立會人ノ如キハ其性質公ノ職務ニ屬ス  
ト雖モ實際ノ便宜上例外トシテ外國人ニモ之ヲ許ス例多シ蓋シ訴訟ニ於ケル  
證人ハ場合ニ因リ其人ニ非サレハ證據ヲ得ルノ途存セサルコトアリ又身分登  
録ノ場合ニ於テ急速ヲ要スルニ當リ外國人ニモ其立會人タルコトヲ許ササル  
ヘカラサル必要存スレハナリ

破産ノ管財人ハ裁判所カ辯護士中ヨリ之ヲ選任スルモノニシテ一ノ公ノ職務

ナリ隨テ内國裁判所ノ言渡シタル破産ニ付テハ外國人ハ管財人タルコトヲ得  
 ス其外國ニ於テ言渡シタル破産ニ付テハ若シ其效力内國ニモ及フモノナリ  
 トセハ外國裁判所ノ命シタル管財人モ内國ニ於テ其權利ヲ行フコトヲ得ヘシ  
 七 取引所ノ役員ト爲ルノ權  
 取引所ハ一國經濟上必要ノ機關ナリ故ニ其役員ノ職務ハ公職ナリトシテ外國  
 人ニ許ササル國多シ殊ニ我國ニ於テハ唯役員ノミナラス會員仲買人ト爲ルニ  
 モ亦内國臣民ニ限ルモノトセリ  
 商業會議所ノ會員ト爲ルコトモ亦之ヲ外國人ニ許ササルモノトス蓋シ商業會  
 議所ハ國家經濟上必要ノ機關タルコト言テ埃タス隨テ其會員ノ職務ハ公職ニ  
 屬スルコト殆ト疑ナケレハナリ  
 銀行ノ重役ト爲ルノ權利ニ付テハ一般ノ私立銀行ノ重役ハ別ニ公ノ職務ニ非  
 ナルヲ以テ一般ノ商業ト同シク外國人ニモ之ヲ許スヘキモノナリト雖モ或種  
 ノ銀行殊ニ國家ノ經濟上必要ナル機關タル銀行ニ付テハ外國人ニ之ヲ許サ  
 ルモノトス例ヘハ日本銀行、勸業銀行等ノ如キ是ナリ現行法ニ依レハ外國人ハ

此等ノ銀行ノ株主タルコトヲモ許サスト雖モ此點ニ付テハ立法上大ニ論究ス  
 ヘキモノアリトス正金銀行ニ付テモ亦同一ナリ  
 八 商船ノ船長ト爲ルノ權  
 商船ノ船長ハ一般ノ商業ノ如ク内外人ヲ問ヘス之ヲ許スヘキカ如シト雖モ商  
 船ハ戰時ニ於テハ官用ニ供セラレ其船長ハ公ノ職務ヲ行ヒ又平時ニ於テモ船  
 長ハ種種ノ場合ニ於テ公ノ職務ヲ行フモノナリ例ヘハ船中ノ犯罪及ヒ戶籍ニ  
 關スルモノノ如キ是ナリ此等ノ點ヨリシテ外國人ニハ船長タルノ權利ヲ與ヘ  
 スト爲ス國多シ我國ニ於テモ理論上之ヲ許スヘキニ非スト雖モ今日ノ實際  
 上多ク外國人ヲ使用シ且ツ外國人ヲ使用スルトキハ信用上大ニ利益アルヲ以テ  
 現今ノ狀態ニテハ未タ俄ニ外國人ニ此權利ヲ禁スルコト能ハサルヘシ  
 九 後見人後見監督人又ハ親族會議ノ會員ト爲ルノ權  
 外國ノ立法例及ヒ學說ニ依レハ或ハ一般ニ之ヲ許スモノアリ或ハ場合ヲ區別  
 シテ其許否ヲ定ムルモノアリ後者ハ即チ後見人ヲ分テ二種トシ一ハ被後見人  
 ト親族關係アルニ依リ當然後見人ト爲リ又ハ遺言ニ因リ後見人ト爲ル場合他

ノ一ハ此等ノ者ナカリシ場合ニ於テ裁判所カ後見人ヲ任命スルモノ是ナリ第一ノ場合ハ全ク私ノ關係ナレトモ第二ノ場合ハ公職ナルヲ以テ外國人ヲシテ之ニ任セシムルコトヲ得ス然レトモ一般ノ通説ハ外國人ニ廣ク後見人タルコトヲ許スモノノ如シ我國ニハ之ニ付キ別ニ規定ナシト雖モ總テ之ヲ許スモノト爲スヲ可ナリト信ス

## 二 私權

私權トハ其家族上ノ關係タルト又其財産上ノ關係タルトヲ問ハス吾人カ商人相且ノ關係上有スル一切ノ權利ヲ謂フ此權利ニ付テ外國人ハ內國人ト同一ノ權利ヲ有スルヤ否ヤハ古來幾多ノ變遷ヲ經タル所ナレトモ現今ニ於テハ一般ニ平等主義ヲ採用スルニ至レリ佛國ノ如キハ法文上條約上ノ相互主義ヲ採用スレトモ實際ニ於テハ亦平等主義ヲ實行セリ而シテ學說トシテ明カニ此原則ヲ認メタルハ千八百八十年オックスフォードニ於ケル國際法高等學會ノ決議ニシテ外國人ハ何レノ國籍何レノ宗教ニ屬スルヲ問ハス現今法律ニ依リテ特ニ定メタル例外ヲ除キ內國人ト同一ノ私權ヲ享有スト決定セリ伊太利ニ於

テモ亦之ト同一ノ規定ヲ存ス獨逸民法ニハ之ニ付キ何等ノ明文ナシト雖モ是レ此主義ヲ非認スルニ非スシテ却テ此原則ハ今日一般ニ是認セラルル所ナルカ故ニ之ヲ規定スルノ必要ナシトノ趣旨ニ基クモノナリ我新民法ニ於テモ亦此一般ノ原則ニ基キ其第二條ニ規定シテ曰ク外國人ハ法律又ハ條約ニ禁止アル場合ヲ除ク外私權ヲ享有スト然ルニ此成文ニ對シ第十一議會ニ於テ外國人ハ法令又ハ條約ニ認許シタル場合ニ限り私權ヲ享有ストノ修正案提出セラレタリ其理由トスル所ハ外國人ヲシテ一切ノ私權ヲ享有セシムルハ我國ノ不利益ナリ殊ニ現行法ニ於テハ外國人ニ許スヘカラサルモノニ付テ悉ク其規定ヲ設ケス若シ又之ニ付キ一規定ヲ設クルモノトスルモ時ニ或ハ遺漏ナキヲ保スヘカラス故ニ特ニ認許シタル權利ノミヲ外國人ニ與フヘシト謂フニ在リ然レトモ此ノ如キハ國際法ノ原理ニ背キ各國ノ通義ニ反シ未開時代ノ外人排斥主義ニ退歩スルモノニシテ固ヨリ採用スヘキモノニ非ス又別ニ民法第二條削除案アルモノ出テタリ然レトモ外國人ノ無權利ヲ主張スル者アル今日ニ於テハ寧ロ同條ノ存スルヲ可ナリトス

民法第二條ニ法令又ハ條約ニ禁止云云ノ文字アリ此明文ニ依レハ外國人ノ權利ハ獨リ法律ニ依ルノミナラス命令ニ依ルモ亦禁止スルヲ得ヘシ此ノ如キハ一方ニ於テハ法律ト命令トニ同一ノ效力ヲ有セシムルヲ講アリ他方ニ於テハ外國人ノ權利ハ命令ニ依リ容易ニ禁止セララルハ甚タ薄弱ナリトノ非難アリ然レトモ立法者ノ意思ハ其必要アルニ當リ容易ニ外國人ノ權利ヲ制限スルヲ得ルカ爲メニ此等ノ文字ヲ用ヒタルナルヘシトモハ斷然ニ認ムル可キ事ナリ然ルニ本條ニ於テ法令又ハ條約ニ云ナル文字ヲ用ヒ條約ヲ以テ直チニ法律ノ例外ヲ設タルコトヲ得ルモノト爲シタルハ即チ法律ト條約ト同一ノ效力ヲ有スルモノナリト認メ以テ國法上ノ一大疑問ヲ決定セルモノナリト非難スル者アリ然レトモ立法者ハ條約ハ法律ト等シク國民ヲ拘束スルモノナリトシ説ヲ採リタルモノナラン從來ノ沿革ニ於テモ亦然リトモハ斷然ニ認ムル可キ事ナリ次ニ本條ニ條約ニ依リテ外國人ノ權利ヲ禁止スルコトヲ規定スルモ實際上我國ト各國トノ條約ヲ見ルニ常ニ外國人ニ權利ノ享有ヲ許スルコトヲ規定シ絶テ

禁止シ規定アルコトナシ故ニ條約云云ノ文字ハ適用ナキ空文ナリト非難スル者アリ然レトモ余ハ左ノ三點ヲ以テ之ニ答フルコトヲ得ヘシト信ス  
一 條約文ハ昔時外國人無權利主義ノ時代ニ於ケル舊套ヲ襲ヘルモノナルカ故ニ特ニ禁止ノ規定ヲ爲サシテ唯許容ノ權利ヲ規定シタルモノナリト認ム  
二 我國ノ如キハ從來外國人ニ一般ノ權利ヲ與ヘサルヲ以テ本則ト爲セシカ改正條約ニ於テ内地雜居ト共ニ總テノ權利ヲ外國人ニ與フルモノト爲セシカ故ニ特ニ我國ト歐米諸國トノ條約文ニハ許容のノ方面ヨリ之カ規定ヲ爲スノ必要アリ  
三 歐米諸國相互ノ間ニ於テモ條約文ハ寧ロ禁止のノモノ少クシテ許容のノモノ多シ是レ外國人ハ一般ノ原則トシテ內國人ト同一ノ權利ヲ享有スルモノト爲スモ國法上自由ニ之ヲ禁止スルコトヲ得ルカ故ニ豫メ條約ヲ以テ此自由ヲ奪ヒ其權利ヲ擔保セシムルノ利益アルヲ以テナリ此點ヨリ條約ハ許容のナルヲ要スヘキナリトモハ斷然ニ認ムル可キ事ナリ然レトモハ斷然ニ認ムル可キ事ナリ我國ニ於テ現今條約ヲ以テ外國人ノ權利ヲ禁止スル場合アルカヲ見ルニ我國

ト歐米諸國トノ條約ニハ明カニ禁止シタル權利ナシ(尤モ暗黙ニ禁止セラレタル場合アリ沿海貿易ノ如キ即チ是ナリ)是レ蓋シ最惠國條款ニ依リ其條約ハ表面  
上國別ナレトモ其實全ク同一ニシテ國民ニ依リ之カ區別ヲ爲スコト能ハサル  
ヲ以テナリ故ニ我ヨリ彼ニ對スル最惠國條款ナキ國民ニ對シテハ條約ヲ以テ  
禁止ノ規定ヲ爲シ得サルニ非ス故ニ條約ニ禁止云云ノ文字アルヲ無用ノ規定  
ナリト謂フコトヲ得ス然レトモ今日ノ實際上未タ條約ヲ以テ外國人ノ權利ヲ  
禁止シタルモノナシ

法令ヲ以テ外國人ノ權利ヲ禁止スル場合頗ル多シ今之ヲ舉クレハ左ノ如シ

- (一) 明治五年第百二十四號布告及ヒ明治六年第十八號達ニ依リ外國人ハ土地  
ノ所有權抵當權質權ヲ有スルコトヲ得ス唯質權抵當權ニ付テハ日獨條約議  
定書中ニ兩締盟國ノ一方ノ臣民ハ他ノ一方ノ版圖内ニ於テ内國臣民ト同様  
不動産抵當權ノ取得及占有ヲ許スヘシ云云トアルカ故ニ此點ニ付テハ右規  
定ノ改正ヲ要スルモノナリ
- (二) 外國人ハ或銀行ノ株主ト爲ルコトヲ得ス明治九年第百六號布告國立銀行

條例明治十五年第三十號布告日本銀行條例明治二十年勅令第二十九號橫濱  
正金銀行條例)

- (三) 外國人ハ取引所ノ會員株主又ハ仲買人ト爲ルコトヲ得ス(明治二十六年法  
律第五號取引所法)

- (四) 外國人ハ鑛山ノ探掘砂鑛ノ採取等ノ業ヲ爲スコトヲ得ス(明治二十三年法  
律第八十七號鑛業條例明治二十六年法律第十號砂鑛採取法)

右第二ノ國立銀行ハ從來其數甚タ多カリシカ其後私立ト爲リシモノ多キカ故  
ニ今ハ唯日本正金勸業銀行等アルノミ而シテ此等ニ付キ目下問題ト爲リシハ  
外國人ハ株主タルコトヲ得ヘキヤ若シ之ヲ許スモノトセハ重役タルコトヲ得  
ルヤ否ヤ是ナリ

第三ノ取引所ノ會員株主又ハ仲買人ニ付テハ將來ニ於テモ外國人ニ許スコト  
ナカルヘシ

第四ノ鑛山ニ付テハ大ニ議論ノ存スル所ニシテ殊ニ異論アルハ我國ト佛國ト  
ノ條約中ニ總テノ種類ノ工業ヲ許ストアルモノ是ナリ抑モ工業ナル文字ハ如



何ナル意義ヲ有スルヤ頗ル曖昧ナル語ニシテ *Intention* ナル文字ハ種種ノ意味ニ用ヒラルル語ニシテ廣義ニハ生活上ノ總テノ作事ヲ意味シ狹義ニハ農業及ヒ商業ト相對シ又ハ製作及ヒ鑛山業等ニ相對スル意味ニ用フルモノナリ此ノ如ク其字義曖昧ナルカ故ニ此規定ヲ解釋スルニハ條約締結當時ノ談判ニ依リ之ヲ定メサルヘカラス然ルニ此等ノ點ニ付キ當時何等ノ談判ヲ爲シタルコトナク又其局ニ當リタル者モ其說ヲ區別ニスルカ故ニ之ヲ知ルニ由ナシ然レトモ一般ノ原則ヨリ論スレハ之ヲ許スラ普通ナリトス外國ニ於テモ此點ニ付キ内外人間ニ區別ヲ設クルモノアルヲ聞カス

(五) 民事訴訟法第八十八條ニ外國人カ原告タルトキハ訴訟費用ノ保證ヲ立ツヘキ規定ヲ爲セリ但シ此規定ハ相互的ナルカ故ニ其外國人ノ本國法ニ於テ日本人カ同一ノ義務ナキトキニ限り其義務ヲ免スヘキモノト爲セリ又同第九十二條ハ前同ノ例外ヲ以テ外國人ハ訴訟上ノ救助ヲ求ムルノ權利ナシト爲セリ此等ノ規定ハ條約ト牴觸スル所ナキヤノ疑ナキ能ハス蓋シ條約ノ文面廣漠トシテ訴訟上ノ取扱ニ付テハ外國人モ內國人ト同一ノ權利特權ヲ

有スルノミ規定スレハナリ然レトモ此等ノ規定ハ外國人タルニ依リテ生スル止ムヲ得サル規定ナルヲ以テ外國ニ於テモ此規定ヲ設タルカ如シ故ニ荷モ條約ニ牴觸セサル以上ハ之ヲ存スルヲ適當ナリトス

(六) 船舶法第一條ニ依レハ日本船舶タル資格ヲ有スルニハ其船舶ノ日本ノ官廳又ハ公署ノ所有ナルカ若クハ日本人ニ專屬スルカ又ハ日本人ノ多數ヲ以テ組織セル會社ノ所有ナラサルヘカラストセリ

(七) 明治二十九年法律第十五號航海獎勵法同年法律第十六號造船獎勵法、生絲直輸出獎勵法等ニハ凡テ外國人ハ此等ノ獎勵金ヲ受クルコトヲ得スト規定セリ此等ハ元來內國ノ航海、造船貿易ノ事業ヲ發達セシメントノ精神ニ出ツルモノナルヲ以テ之ヲ外國人ニ與ヘサルモ妨ケナキ所ナリ然レトモ或ハ之ニ依リテ外國ノ感情ヲ害シ或ハ反抗ヲ蒙ルコトアリテ經濟上影響ヲ及ホスコトナキニ非スト雖モ法律上規定スルコト能ハサルモノニ非ス前掲生絲輸出獎勵法ハ佛國ヨリ抗議ヲ受ケ明治三十一年春期議會ニ於テ廢止セラルニ至レリ

以上ハ從來法令ヲ以テ外國人ノ權利ヲ禁止セル大要ナレトモ其條約ニ抵觸スルモノハ之ヲ廢スヘク縱令抵觸スル所ナシトスルモ成ルヘク之ヲ禁止セサル方針ヲ採ルヘキナリ若シ夫レ濫ニ外國人ノ權利ヲ禁制スルニ於テハ民法第二條ニ規定シタル主義ニ反シ外國人排斥主義ヲ採用スル未開國ナリトノ誹ヲ免レタルヘシ

私權ハ家族ニ關スル權利及ヒ財産ニ關スル權利ノ二種ニ別ツコトヲ得ヘシ以下此區別ニ從ヒ之ヲ論スヘシ

#### 第一 親族ニ關スル權利

親族權ニ付テモ内外人同等ノ原則ヲ適用スヘキハ疑ナキ所ナリトス蓋シ此等ノ權利ハ其一家ノ關係上一日モ缺クヘカラサル性質ヲ有スルモノナルカ故ニ内國ニ居住スル外國人ニ對シテモ之ヲ禁スヘキ理由ナキナリ是ヲ以テ我國ニ於テハ明治六年ノ布告ヲ以テ内外人間ノ婚姻ヲ許シ又養子縁組ヲ爲スコトヲ許セリ然レトモ我國ハ古來家族制度ヲ重シ新民法ニ於テモ亦之ヲ採用シタルカ故ニ其一家ニ屬スル者ハ總テ日本人ニ非サレハ甚タ不都合ナル結果ヲ生

スルヲ以テ國籍法モ此主義ヲ採リ又之ニ附隨セル明治六年第三十號布告ノ改正案ハ内國人ノ養子ト爲リ又ハ婚養子ト爲ル者ハ之ニ依リテ日本ノ國籍ヲ取得ストセリ換言スレハ外國人トシテハ日本人ノ養子若クハ婚養子タルコトヲ得サルモノト爲セリ其他外國人ハ内國ノ戸主タルコトヲ得ス新民法第九百六十四條ハ國籍喪失ヲ以テ戸主權喪失ノ原因ト爲セリ此等例外ノ場合ヲ除ク外外國人ハ夫婦親子等ノ親族上ノ關係ニ付キ一切ノ權利ヲ有スルモノナリ而シテ其權利關係ヲ支配セラルルハ何レノ國ノ法律ニ依ルヘキヤハ自ラ別問題ナリ

#### 第二 財産ニ關スル權利

財産權ニ三種アリ物權債權及ヒ智能權是ナリ以下順次之ヲ論セン

##### (一) 物權

我新民法ハ九種ノ物權ヲ認メタリ此等ノ物權ハ原則トシテ外國人モ内國人ト同一ニ享有スルモノナレトモ例外トシテハ之ヲ禁スル場合アリ即チ不動産ニ關シテハ土地所有權其他抵當權質權等はナリ然レトモ抵當權ニ付キ外國人ノ

權利ヲ制限スルハ條約ニ抵觸スル所アリヲ以テ之ヲ改正スルノ必要アリ勸進ニ關シテハ日本船舶ノ所有權是ナリ船舶法案第一條ニハ之カ規定ヲ設ケタリ同條ニ依レハ左ノ船舶ヲ以テ日本船舶トスト爲シ其種類ヲ列舉セリ(一)日本ノ官廳又ハ公署ノ所有ニ係ル船舶(二)日本臣民ノ所有ニ係ル船舶(故ニ外國人ハ日本船舶ヲ所有スルコトヲ得ス)(三)法人ノ所有ニ係ル場合ハ其幾部分ノ人カ日本人ナラザレハ船舶ヲ所有スルコトヲ得ス(四)日本ニ主タル事務所ヲ有スル外國法人カ日本ノ船舶ヲ有スルニハ其代表者カ日本人ナラサルヘカラスト爲セリ要スルニ日本船舶ハ外國人ニ其所有ヲ許ササルモノナリ

鑛山ノ探掘權ハ外國ノ立法例ニ依レハ概シテ外國人ニ其享有ヲ許スモノナレトモ我現行法ニ依レハ外國人ハ總テ此權利ヲ有セサルナリ此點ニ付テハ今日最モ議論ノ存スル所ニシテ未タ其說一定セス

露國ハ近年ニ至リテ外國人ハ自己ノ所有地外ニ於テ鑛山ヲ探索スルコトヲ許サス是レ探索シタル者ニハ探掘權ヲ與フル制度アレハナリ又土地ノ所有權ニ付テモ市街地ノ外ハ從來所有スルモノニ非ザレハ之ヲ許サストセリ

## (二) 債權

債權ハ何レノ國ニ於テモ古來外國人ニモ享有セシムルヲ原則トセリ蓋シ債權ハ商業其他ノ業務ヲ爲スニ付キ缺クヘカラサル權利ナルヲ以テナリ然レトモ或種類ノ債權ニ付テハ之ヲ禁スヘシトノ說アリ現ニ我國ニ於テ國立銀行鑛山會社ノ株主權ノ如キハ外國人ニ之ヲ許サス其他公債證書ノ如キモ從來外國人ニ其所有ヲ禁シタリシカ現今ニ至リテハ却テ之ヲ外國人ニ買ハシメントスル傾向アルニ至レリ又鐵道會社移民會社ノ株主ニ付テハ之ヲ外國人ニ許スヘキヤ否ヤハ議論ノ存スル所ナリ抑モ此等ノ議論アル所以ノモノハ一國公益上ノ理由ニ依ルモノナリ蓋シ鐵道ノ如キハ軍事上ノ必要ニ依リ全然之ヲ外國人ニ委スルハ其國ノ危險トスル所ナリ又移民會社ノ如キモ內國人ノ生命財產ヲ委託セラルルモノナルヲ以テ充分ナル政府ノ監督ヲ必要トス然ルニ外國人ヲシテ之ヲ營マシムルトキハ到底充分ナル監督ヲ行フコトヲ得サルヲ以テナリ外國ニ於テモ此等ノ權ヲ外國人ニ許ササル例アリ獨逸奧地利ノ如キ即チ是ナリ

## (三) 智能權

國際私法

智能權トハ文學、美術、發明等人ノ智識技能技藝ニ關スル權利ニシテ一種ノ財產權ナルコト毫モ疑ナシ此權利ハ從來文事所有權、工業所有權等ノ名稱ヲ附シタリシト雖モ其名稱ハ妥當ナリト謂フコトヲ得ス何トナレハ此權利ハ或點ニ於テハ所有權ト相類スル所アリト雖モ元來物ノ上ニ有スル權利ニ非スシテ其物ニ付キ他人ヲシテ出版模造セシメサルノ權利ニ外ナラサルハナリ是レ茲ニ智能權ナル名稱ヲ用ヒタル所以ナリ

甲 著作者及ヒ文學者ノ權利 我國ニ於テハ從來版權法、寫真版權條例、脚本樂譜條例等アリシト雖モ未タ美術品ニ關シテ其權利ヲ保護スル法律ナカリシカ現今ニ至リテハ一般ニ此等ノ者ヲモ保護スル法律ヲ見ルニ至レリ  
從來內國人ノ著作ニ付テハ何レノ國ニ於テモ之ヲ保護セサルモノナシト雖モ外國ノ著作物ニ付テハ其權利ヲ保護スルコト甚タ不完全ニシテ或ハ內國ニ於テ出版シタル外國人ノ著作物ニ限リ其權利ヲ保護スルモノアリ或ハ外國人ノ著作物ヲ內國人カ出版シタル場合ニ限リ保護ヲ與フルモノアリ或ハ外國人ノ著作物ニ付テハ一切保護ヲ與ヘスシテ內國人ノ著作物ハ外國ニ於テ出版シタ

ルモノト雖モ尙ホ內國ニ於テ之ヲ保護スルモノアリ抑モ此種ノ權利ハ財產權ニシテ私權ノ一種ナルカ故ニ其性質ヨリ之ヲ觀レハ他ノ一般私權ト等シク內外人平等主義ヲ採リ外國人ニモ同一ノ權利ヲ享有セシメサルヘカラスト雖モ此種ノ權利ハ一國法律ノ定メタル條件ニ從ヒ登錄ヲ爲シ之ニ依リテ始メテ其特權ヲ有スヘキモノト看做スヲ以テ其權利ハ其權利ヲ與ヘタル國ノ領地内ニノミ其效力ヲ有スヘキモノナリ此等ノ點ヨリシテ外國人モ內國法ノ定ムル法則ニ從ヒ版權ヲ得タルトキハ內國人ト同一ノ保護ヲ受クルモノナリトセリ然ルニ今日人類共存ノ點ヨリシテ外國ノ出版物ニ付テモ尙ホ之ヲ保護スルノ必要ヲ生シ且ツ從來各國ノ法制區區ニシテ種種ノ不便ヲ感シタリ例ヘハ同一ノ國語ヲ有スル國ニ於テハ他國ノ著作物ヲ翻刻シ又ハ逆輸入ヲ爲シ以テ著作者ノ利益ヲ侵害シタルカ如キ是ナリ是ニ於テ乎千八百八十六年、ベルン條約締結セラレ之ニ依リテ外國ノ出版物ヲモ保護セラルルニ至レリ  
此ベルン條約ハ各國保護ノ最下點ヲ示シタルモノナルカ故ニ尙ホ一層廣キ保護ヲ與フルコトハ妨ケナキモノトス此條約ハ世界大多數ノ國ノ加入スル所ニ

シテ尙ホ後日各國ハ一片ノ通知ニ依リ加入シ又ハ脱スルコトヲ得ルモノナリ故ニ一旦此條約ニ加入シタル國ニシテ自國ノ利害ノ點ヨリ之ヲ脱シタルモノアリ而シテ我國ニ於テハ改正條約ニ依リ此條約ニ加入スヘキコトヲ約セリ(日英議定書第三、日獨條約議定書第四第三項)是レ此條約ハ元ト公平ノ主義ニ基クモノナルカ故ニ理論上加入ヲ拒ムコト能ハサレトモ我國ノ利益ヨリ觀察スレハ寧ロ加入セサルヲ以テ得策ナリトス殊ニ此條約ハ加入及ヒ脱盟共ニ自由ナルニ拘ハラス我國ニ於テハ右議定書ノ存スルヲ以テ此自由ヲ失ヒタルモノナリ隨テ十一箇年後條約改正ノ際ニ至ラスンハ此條約ヨリ脱スルコト能ハサルモノトス

乙 商工業者ノ權利 此權利ハ發明、意匠、商標、屋號等ニ關スル權利ナリ是レ亦版權等ト同一ノ理由ニ基キ各國共通シテ互ニ保護スヘキモノニシテ巴里條約(千八百八十三年)ニ依リ之ヲ規定セリ我國ニ於テモ日獨條約第十七條及ヒ第二十一條ヲ以テ商工業ノ權利ニ付キ內國人ト同一ノ保護ヲ與フヘキコトヲ規定セリ然ルニ獨逸以外ノ國ニ於テハ最惠國條款ヲ主張シ其保護ヲ請求セリ是ニ

於テカーノ議論ヲ生セリ即チ我國ハ獨逸國ト相互主義ニ基キ此權利ヲ與ヘタルモノナルトモ最惠國條款ヲ有スル他ノ各國ハ相互主義ニ依ラスシテ此權利ヲ主張シ得ヘキヤ否ヤ是ナリ然レトモ各國ハ遂ニ追加條約ヲ締結シ一般ニ保護ヲ受クルコトト爲レリ而シテ此條約モ亦版權等ト同シタ元ト公平ナル主義ニ基クモノナルカ故ニ之ヲ締結スルハ止ムヲ得サル所ナルトモ我國ノ利益上ヨリ觀レハ之ヲ締結セサルヲ得策ナリトス

### 三 特權アル外國人

一國ニ在ル外國人中一般ノ外國人ニ比シ殊ニ優遇セラルル者アリ之ヲ特權アル外國人ト云フ就中最モ普通ナルハ外交上ノ特權ヲ享有スル外國人ナリトス然レトモ這ハ寧ロ國際公法ニ於テ研究スヘキ所ナルヲ以テ茲ニ其大要ヲ述フルニ止メン

第一 外交上ノ特權ヲ有スル者

外交上ノ特權ヲ有スル者ハ一國ノ君主、外交官及ヒ其家族従者等ナリ此種ノ特權ハ管ニ一般ノ外國人ヨリモ優遇セラルルノミナラス內國人ヨリモ尙ホ一

層優遇セラルルモノナリ此等ノ特權ハ國際公法上一般ノ原則トシテ認メラルル所ニシテ特ニ之ニ付キ條約ヲ締結スル必要ナキニ至レリ其權利ハ概テ左ノ四種ナリ

- 一 外國ノ君主外交官及ヒ其家族從者等ノ身體名譽ヲ侵サレサル權
  - 二 其住居ヲ侵サレサル權
  - 三 或種ノ租稅ヲ負擔セサル權
  - 四 所在國ノ裁判權ニ服從セサル權即チ治外法權
- 此等特權ヲ與フル理由ニ付テハ種種議論ノ存スル所ニシテ古昔ハ總テ國際情誼ニ基クモノナリト爲シタリシカ今日ニ於テハ專ラ一國獨立ノ觀念ニ基キ外交ノ必要上之ヲ與ヘサルヘカラサルニ至レリ然レトモ或種ノ特權ニ付テハ到底此理由ニ據リ説明スルコト能ハサルモノアリ此等ハ國際情誼ニ基クモノナリト爲スニ非サレハ他ニ其理由ヲ見出スコト能ハス
- (一) 身體名譽ヲ侵サレサル權 外國ノ君主一國內ニ在留スル場合ニハ之ニ對シテ身體名譽ヲ毀害スル行爲ヲ加フルコトヲ得ス是レ君主ハ一國ノ主權者ニシ

テ他國主權ノ下ニ服從スヘキモノニ非サルカ故ニ國際情誼上他國ニ在留スル場合ト雖モ尙ホ之ヲ尊崇スルノ理由ニ出ツルモノナリ外交官及ヒ其從者ニ付テハ右ノ理由ノ外外交官ヲシテ其職務ヲ完全ニ行ハシムルノ必要ニ基キ此特權ヲ付與スルモノナリ

唯茲ニ注意スヘキハ此等ノ特權者ト雖モ其所在國ノ安寧秩序ヲ紊ルノ行爲ヲ爲スヘカラサルコト及ヒ自ラ求メテ危險ノ場所ニ赴キタルトキハ特權ヲ享有スル能ハサルコト是ナリ例ヘハ公使カ一國ノ叛徒ニ與ミスル場合ノ如キ或ハ自ラ求メテ爭鬭ヲ爲シ又ハ人ヲ殺サントシテ正當防衛ノ爲メニ殺害セラルル如キ若クハ惡所ニ出入シタルカ爲メ其身體名譽ヲ毀害セラルルモ敢テ異議ヲ述フルコト能ハサルカ如シ蓋シ此等ノ場合ニハ自ラ特權ヲ拋棄シタルモノニシテ之ヲ保護スル必要ナキナリ

(二) 住居ヲ侵サレサル權 此權利ハ昔時ニ於テハ一國ノ君主又ハ公使館ヲ以テ外國領土ノ延長ト看做シ隨テ所在國ノ法權ヲ及ホスコトヲ得スト爲シ治外法權ナル名稱アルニ至レリ然レトモ是レ一ノ假想ニシテ實際上尙モ外國ノ領土

ナルカ如キ取扱ヲ爲ス比喩的ノ詞ナルノミ末タ之ヲ以テ特權ヲ認メタル理由ト爲スコト能ハス今日ニ於テハ外國君主ノ享有スル住居不可侵權ハ専ラ國際情誼ニ出テタルモノト爲シ又公使館ノ不可侵權ハ其職務ノ執行ヲ妨害スヘカラサルニ由ルモノトセリ若シ夫レ之ヲ以テ外國ノ領土ノ一部ナリト説明スルニ於テハ罪人收容ノ如キ其他公使館内ニ於テ公使カ裁判權ヲ行使スルカ如キ尙ホ之ヲ認メサルヘカラス然レトモ此ノ如キハ今日國際法上爲シ得ヘキ所ニ非サルナリ

(三)或種ノ租稅ヲ免ルル權 此權利ニ付テハ今日ノ實際上各國其軌ヲ一ニセサル所ニシテ或ハ公使其他一般ノ公使館員ニ對シテ關稅等ヲ免除スルモノアリ或ハ單ニ公使ノミニ對シ此特權ヲ與フルモノ即チ佛國ノ如キモノアリ後者ハ實際上此權利ノ濫用ヲ防クノ趣意ニ出ツルモノナリ

又租稅ノ種類ニ付テモ各國同シカラスト雖モ概シテ之ヲ言ヘハ稅關ノ國稅ハ多クハ之ヲ免除スレトモ市稅ハ之ヲ免除セス其他人頭稅動產稅戶籍稅ノ如キハ之ヲ免ス間接稅登錄稅ニ付テハ之ヲ免セサルモノトス

此特權ノ理由ハ外交上ノ必要ニ出ツルモノニ非スシテ國際情誼ニ基クモノト謂ハサルヘカラス尤モ或場合ニ於テハ多少外交上ノ必要ニ基クモノナキニ非ス例ヘハ關稅ノ如キハ租稅ヲ課スル爲メ勢ヒ其荷物ヲ檢査スルノ必要アリ隨テ秘密書類等ヲ公ニセラレ職務上妨害ヲ爲スノ恐アルモノナリ然レトモ其他ノ部分ハ此理由ヲ以テ説明スルコト能ハサルモノ多シ

(四)治外法權 此權利ハ君主外交官等ニ通スルモノニシテ之ヲ認メラレタル理由ハ外交官ニ付テハ全ク職務上ノ必要ヨリ説明スルコトヲ得ヘシ何トナレハ若シ外交官ニシテ濫ニ訴訟事件ニ付キ裁判所ノ呼出ヲ受ケ又ハ刑事事件ニ付キ身體ノ拘束ヲ受クルカ如キコトアルニ於テハ到底其職務ヲ全フスルコト能ハサレハナリ之ニ反シ君主等ニ付テハ一國獨立ノ觀念ニ基キ國際情誼上此特權ヲ與ヘタルモノナリト説明セサルヘカラス

此特權ハ刑事事件ニ付テハ例外ナシト雖モ民事事件ニ付テハ之ヲ區別シテ論セサルヘカラス

(イ)原告トシテ訴訟ヲ爲ス場合 此場合ニハ特權ヲ拋棄シテ其地ノ裁判權ニ

服従スルモノナリト看做スコトヲ得ルカ故ニ例外トシテ之ニ裁判權ヲ及ホスコトヲ得ルモノトス但シ一國ノ國法上特權ノ拋棄ヲ許ササル規定アルトキハ此限ニ在ラス尤モ此ノ如キ規定存セサル場合ニ於テ特權ノ拋棄ヲ爲シ得ルヤ否ヤニ付テハ議論ノ存スル所ナリ

(ロ)被告トシテ訴ヲ受ケタル場合 此場合ニ付テハ公使ノ公ノ職務ニ關スルモノナルカ將タ一箇人トシテノ業務又ハ財産ニ關スルモノナルカヲ區別スルコトヲ要ス前者ニ付テハ其訴訟ヲ受クルヲ要セスト雖モ後者ニ付テハ必ス其訴訟ヲ受ケサルヘカラスト爲スハ普通ナリ然レトモ此議論ハ實際上ノ適用トシテ之ヲ區別スルコト困難ナリ例ヘハ公使カ衣服ヲ調製シタルニ因リ債務ヲ負フタル場合ノ如シ

領事裁判權ト治外法權トハ之ヲ混同スヘカラス治外法權ハ公使及ヒ君主ニ關シ一般ノ慣例ニ依リ認メラレタルモノナリ領事裁判權ハ特種ノ條約ニ基クモノナリ隨テ領事裁判權ニ依リテ有スル特權ハ條約ノ範圍内ニ止マルモノトス或學者ハ特權ヲ分チテ一治外法權二居宅ノ不可侵三租稅免除ノ三種ト爲ス者

アリ是レ蓋シ身體ノ不可侵ト治外法權トハ多クノ場合ニ於テ同時ニ生スルカ故ナルヘレ然レトモ一國ノ臣民カ特權者ノ身體ヲ侵ス場合ノ如キハ治外法權ト何等ノ關係ナクシテ生スルモノナリ故ニ身體不可侵權ハ之ヲ別種ノ權利ト認ムルコトヲ得ルナリ

領事モ亦外交官ト殆ト同一ノ特權ヲ有スレトモ外交官ハ條約ノ規定ヲ埃タスシテ當然特權ヲ有スルニ反シ領事ハ多クハ條約ノ規定ニ由リ始メテ特權ヲ有スルノ差アリ

## 第二 其他ノ特權者

前ニ述ヘタル特權者以外ニ於テ特權ヲ有スル者アリ即チ我舊條約ノ下ニ在リテハ歐米諸國ノ人民ハ領事裁判ノ特權ヲ有シタルカ如シ其他我政府又ハ臣民ニ雇ハルル外國人ハ一般外國人ヨリモ優遇セラレ内地ニ居住スル特權ヲ有ス右ノ外歸化ノ準備トシテ若干ノ年月間内國ニ住居スル外國人ニ對シ一般外國人ニ與ヘサル權利ヲ附與スルコトアリ

## 第三章 外國法人



## 外國法人ノ權利享有

七二

外國法人ノ權利享有ニ關シテハ先ツ外國法人ノ認許ヲ論セサルヘカラス故ニ以下之ヲ述ヘン  
法人ハ素ト一國公益上ノ理由ニヨリ法律上一ノ團體ヲ以テ有形人ト同一視シ權利義務ノ主體ト爲ス所ノモノナリ此ノ如ク無形ノ團體ニ對シ法人タル資格ヲ與フルニハ必ス國法ノ認許ニ基クモノナレトモ其認許ヲ爲ス方法ニ至リテハ各國其軌ヲ一ニセス或ハ國長特許主義ヲ取ルモノアリ或ハ準則主義ヲ取ルモノアリ或ハ全ク自由設立主義ヲ取ルモノアリ此等種種ノ主義ニ依リ成立セラル外國法人ハ我國ニ於テモ亦法人トシテ一切ノ權利ヲ享有スヘキカ此問題ニ付テハ從來學者間ニ議論アリ或ハ一國ニ於テ其資格ヲ認メラレタル法人ハ他國ニ於テモ當然法人タルノ資格ヲ有シ隨テ一切ノ權利ヲ享有スルカ如ク論スル者アリト雖モ今日多數ノ學者ハ此說ニ反對セリ蓋シ法人ハ一國法律ノ明示又ハ默示ノ承認ニ依リ始メテ成立スルモノナリ而シテ各獨立國ハ各固有ノ法律ヲ有スルカ故ニ一國法ノ承認シタル法人ト雖モ他國カ之ヲ認メサルノ間ハ

其他國ニ於テ未タ法人タルノ資格ヲ有スルコトヲ得ス且ツ法人ヲ認ムルハ一國公益上ノ理由ニ依ルモノナルヲ以テ其一國ノ認メテ公益ト爲ス所ノモノハ必スシモ他國ノ公益タルヲ得ス偶一國ノ公益トスルモノ同時ニ他國ノ公益タルコトアルヘキモ理論上ヨリ之ヲ觀ルトキハ一國ハ萬國ヲ代表シテ其公益ヲ認ムルコト能ハス隨テ一國ノ與ヘタル法人ノ資格ハ之ヲ他國ニ及ホスコトヲ得ルモノニ非ス殊ニ我新民法ハ法人ノ設立ニ就キ原則上國長特許主義ヲ採用セル(第三五條)ニヨリ若シ自由設立主義ニ依ル外國法人ニシテ我國ニ於テ直チニ其資格ヲ認メサルヘカラストセハ忽チ立法ノ本旨ニ反スルコトト爲ルヘシ是ヲ以テ新民法ハ外國法人ノ資格ヲ認メサルヲ以テ原則ト爲シ僅ニ其例外ノ規定ヲ爲セシニ過キス今左ニ例外ノ場合ヲ掲ケン

第一 國及ヒ國ノ行政區劃 國家ハ内部ニ於テハ人民ニ對シ權利義務ノ關係ヲ有シ外部ニ於テハ條約ヲ締結シ其他諸種ノ法律關係ヲ爲スカ故ニ國家ハ必要の法人ナルコト更ニ疑ナキ所ナリ是レ國家ヲ以テ我國ニ於テモ當然法人ト看做シタル所以ナリ又國ノ行政區劃ハ一國ヲ組織スル簡簡ノ團體ニシテ各國

ノ國法殆ト一般ニ之ヲ法人ト認メサルハナシ蓋シ今日ノ趨勢自治ノ制度ヲ設ケ之ヲ權利義務ノ主體ト爲スノ必要アレハナリ而シテ此種ノ法人ハ其組織實ニ萬國一樣ノ性質ヲ有スルノミナラス充分ナル監督ノ方法備ハルヲ以テ私法人ノ如キ危險ヲ生スル虞ナキモノナリ是レ此種ノ外國法人ヲ以テ我國ニ於テ當然其成立ヲ認許スル所以ナリ

第二 商事會社 商事會社ヲ以テ法人ト爲スハ今日各國法ノ一般ニ認ムル所ナリ蓋シ近世商工業ノ發達ニ伴ヒ益會社事業ノ必要ヲ感シ此種ノ會社ノ成立ヲ獎勵スルノ要アレハナリ而シテ我國ニ於テ外國ノ商事會社ノ法人資格ヲ認ムルハ一ハ國際商業ノ隆盛ナル之ニ法人タルノ資格ヲ認メサルトキハ恰モ內國ノ商事會社ニ法人ノ資格ヲ認メサルト等シキ不便ヲ感スヘク又一ハ各國ノ法律中商法ハ其實質最モ相類スルカ故ニ其相近キ外國法ノ下ニ於テ成立シタル商事會社ニ對シ法人ノ資格ヲ認ムルモ敢テ危險ヲ生スヘキ患ナケレハナリ

茲ニ注意スヘキハ外國法人及ヒ內國法人ノ國籍ナリ即チ外國法人ト內國法人

トヲ區別スルニハ如何ニシテ之ヲ爲スカ彼ノ國長特許主義ニ依リ法人ノ設立ヲ爲ス場合ハ其特許ヲ與ヘタル國ハ即チ法人ノ本國ナルヲ以テ更ニ疑問ヲ生セスト雖モ商事會社ノ如キハ今日多ク準則主義又ハ自由設立主義ニ依リテ成立セシムルカ故ニ其會社ノ國籍ハ何レノ國ニ在ルヤ疑ハシキ場合ヲ生スヘシ例ヘハ準則主義ニ依リテ成立シタル商事會社アリトセンニ理論上ヨリ觀レハ其會社成立ノ際從ヒタル國法ノ存スル國即チ成立シタル本國ナリト謂フヘキモ實際上ニ在リテハ或ハ數國ニ跨リ會社ヲ設立シ而シテ其數國ノ法律ハ相類似シ或ハ全ク等シキトキニハ其商事會社ハ果シテ何レノ國法ニ從ヒテ設立セラレタルヤ區別シ難キナリ此點ニ付キ從來種種ノ學說アリ或ハ會社設立ノ定款ヲ作リタル國ヲ以テ其國籍ヲ定ムヘシトスルモノアリ然レトモ此說ニ依レハ虛偽ノ國籍ヲ生スルコトアルヘシ何トナレハ若シ數國カ其國法ヲ異ニスル場合ニ於テハ自國ノ嚴密ナル設立條件ニ從ハシヨリハ他國ノ簡易ナル設立條件ニ從フヲ以テ便宜ナリト爲シ隨テ自國法律ノ適用ヲ避クルノ弊アルヘケレハナリ或ハ曰ク此ノ如ク疑ハシキ場合ハ社員ノ數ニ依リテ其國籍ヲ定ムヘシ

ト然レトモ株式會社ノ如キハ社員ノ數何レノ國ニ於テ多數ヲ占ムルカ區別スルコト困難ナルノミナラス無記名株券ヲ發行シタル場合ニ在リテハ到底之ヲ知ルコト能ハサルヘシ縱令之ヲ知リ得ヘシトスルモ株券ノ流通極メテ廣キトキハ實際日本ノ會社タリト雖モ却テ外國人ノ株券多キトキニハ日本ノ商會社ニ非サルコトト爲リ會社設立ノ本旨ニ背クヘシ故ニ此說モ亦採ルニ足ラス是ニ於テカ會社ノ國籍ハ主タル事務所ノ所在地ニ在リトノ說ヲ生セリ是レ今日一般ノ學說ナリ蓋シ主タル事務所ノ所在地ハ會社事務ノ中心ニシテ會社ノ住所ハ即チ此ニ在リ(會社ノ住所ハ同時ニ居所ナリ箇人ノ如ク二者ヲ有セス)ト謂フヲ得ヘケレハナリ然レトモ此說モ亦未タ完全ナルモノニ非ス何トナレハ主タル事務所ノ所在地ハ果シテ何レナルカ實際上知リ難キ場合アルノミナラハ實際業務ノ中心タル地ヲ以テ國籍ヲ定ムヘシト云ヒ又或ハ本社ノ所在地ヲ以テ之ヲ定ムヘシト云フモノアリ要スルニ會社ヲ設立センカ爲メ其國法ニ從ヒ定款ヲ作リタルトキハ此ニ會社ノ國籍ヲ生スルモノナリト謂フヘケレトモ

場合ニ依リ事實上學說上困難ヲ生スルコトアルヘキナリ

第三 法律又ハ條約ニ依リ特ニ認許セラレタルモノ 此種ノ法人ハ前述二箇ノ例外以外ノモノニシテ即チ祭祀宗教慈善學術技藝其他公益ニ關スル社團又ハ財團及ヒ營利ヲ目的トスル社團ニシテ商會社ニ非サル外國法人ハ或ハ法律ニ依リ或ハ國際條約ニ依リ特ニ之ニ法人ノ資格ヲ認ムルコトヲ得ルモノトセリ蓋シ此等ノ法人ハ其性質目的又ハ組織ノ如何ニ依リ内國ニ於テモ之ヲ認ムルヲ以テ却テ公益ニ適スルコトアレハナリ而シテ之ヲ認ムル方法ハ或ハ概括ニ爲スコトアリ或ハ箇箇ニ爲スコトアリ例ヘハ赤十字社ノ如キハ我國ニ於テモ容易ニ之ニ法人タル資格ヲ認ムルコトヲ得ルモノナリ

## 二 外國法人ノ權利義務

外國法人ノ權利義務ハ我民法第三十六條第二項ヲ以テ内國ニ成立スル同種類ノ法人ト同一ノ私權ヲ享有スルモノトセリ此原則ニ依レハ一方ニ於テハ外國法人カ其本國ニ於テ享有スル權利ト雖モ日本ニ成立スル同種類ノ法人カ享有スルコト能ハサル權利ニ付テハ我國ニ於テ享有セザルモノト爲リ之ニ反シ他

ノ一方ニ於テハ外國法人カ其本國ニ於テ享有スルコト能ハサル權利ト雖モ我國同一種類ノ法人カ享有スル所ノ權利ハ猶ホ之ヲ享有スルモノト謂ハサルヘカラス

此規定ハ立法上多少疑ナキ能ハス蓋シ一國ノ臣民ハ何レノ國ニ在ルモ所謂屬人法主義ニ依リ其所屬國法ノ與ヘタル權利ヲ享有スルヲ以テ原則トス隨テ所在國ノ國際公安ニ關スル規定ニ反セサル限ハ本國法ノ與ヘタル權利ヲ享有スルコトヲ得之ニ反シ縱令所在國ノ與フル權利ト雖モ本國法ノ許ササル權利ナルトキハ之ヲ享有シ得サルヲ以テ今日ノ通則ト爲ス故ニ此原則ヲ法人ノ場合ニ適用スレハ外國法人カ其本國法ニ依リテ享有スル權利ハ我國法ニ依リテ享有スル能ハサルモノト雖モ苟モ我國國際公安ニ關スル法律ニ抵觸セサル以上ハ猶ホ之ヲ享有スルコトヲ得又我國法ニ於テ內國法人ニ許ス權利ト雖モ外國法人ノ本國法ニ於テ許ササル權利ハ之ヲ享有スルコトヲ得サルモノト爲ササルヘカラス然ルニ我民法ノ規定ハ全ク之ト異ナレリ是レ或ハ有形人ト無形人トハ別視スヘシトノ說ヲ探レルカ或ハ又權利享有ニ付キ其原則ヲ異ニシタルニ

由ルナルヘシ換言スレハ我法律ハ近世國際私法ノ原則ニ反シ一箇人ノ權利享有ニ付テモ屬人法主義ヲ完全ニ採用セス唯實際上法令ニ於テ例外ヲ認ムルカ如シ強テ解釋スルトキハ法人ト箇人トハ其性質ヲ異ニスルカ爲メナリト謂フヘキカ予ハ外國法人ト雖モ權利享有ニ付キ原則上箇人ト異ナラシムヘカラスト信ス尙ホ我民法ハ前述外國法人ノ權利享有ノ原則ニ對シ二箇ノ例外ヲ設ケタリ即チ左ノ如シ

第一 外國人カ享有スルコト能ハサル權利ハ外國法人モ亦享有スルコトヲ得ス 故ニ土地所有權ハ勿論其他外國人ニ禁シタル一切ノ權利ハ之ヲ享有スルヲ得サルナリ然ルニ改正條約ニ依レハ外國人モ內國人ト組合營業ヲ爲スヲ許セリ日英日獨條約第三條此組合ノ文字ニ付テハ多少議論アリト雖モ其後日佛條約ニ依リテ其意義確メラレ一切ノ商事會社ヲモ結フコトヲ得トセルノミナラス現行商法モ亦外國人ノ會社ヲ組織スルコトヲ禁セサルカ日佛條約佛文商法商事會社ノ部故ニ今日ニ於テハ外國人ト內國人又ハ外國人ト外國人トノ契約ニ因リ我國ニ於テ商事會社ヲ設立シ得ヘキモノト謂ハサルヘカラス隨テ外

國人カ我國法ニ從ヒ會社ヲ設立スルトキハ即チ其會社ハ內國法人タルヲ以テ  
 內國法人カ享有スル所ノ權利特ニ土地ノ所有權ヲモ享有スルコトヲ得其結果  
 外國人モ亦之ニ因リ間接ニ土地ノ所有權ヲ有スルノ奇觀ヲ呈スヘシ換言スレ  
 ハ一面ニ於テ外國人及ヒ外國法人ニ對シ土地所有權ヲ禁シ他面ニ於テ外國人  
 カ日本法人ヲ組織スルトキハ土地所有權ヲ有スルコトヲ得ルノ不都合ヲ生ス  
 ルナリ尤モ會社ノ社員ハ會社其モノト異ナリ社員ハ法人タル資格ニ對シ常ニ  
 債權ヲ有スルニ止マリ會社ノ財産ハ直チニ社員ノ財産ナリト云フコト能ハサ  
 ルモ會社ノ名義ヲ以テ其實外國人カ土地ノ所有權ヲ得ルニ至リテハ外國人ニ  
 土地所有權ヲ禁シタル主旨ニ戾ルモノト謂ハサルヲ得ステニ會社解散ノ際ニ  
 ハ會社ノ財産ハ之ヲ社員ニ分配スルカ故ニ其結果外國人タル社員ハ土地所有  
 權ヲ有スルニ至ルヘシ或ハ此場合ニ付テハ一般會社解散ノ場合ニ對シ例外ノ  
 規定ヲ設ケ土地所有權ハ之ヲ日本人ニ賣却スヘキコトヲ命シ又ハ日本人タル  
 社員ノミニ之ヲ享有セシムヘキモノト爲スカ立法上一考ヲ要スヘキ點ナリ  
 第二 法律又ハ條約ニ依リ私權享有ニ關シ特ニ外國法人ニ禁シタルモノ 我

國ノ經濟上若クハ政治上ノ理由ニ依リ特ニ法律又ハ條約ヲ以テ外國法人ニ內  
 國法人ト同一ノ私權ヲ享有セシメサルコトアリ而シテ其同一ナラサル點ハ主  
 トシテ之ヲ制限スル場合多カルヘシト雖モ法律ノ明文ヨリ觀レハ內國法人ノ  
 享有スルコト能ハサル權利ヲ特ニ外國法人ニ許容スル場合ヲモ包含スルモノ  
 ト解セサルヘカラス

外國法人ハ原則トシテ內國法人ト同一ノ私權ヲ享有スルカ故ニ外國法人モ亦  
 外國人ト均シク我國ニ在ル間ハ國際公安ニ關スル法律規則ニ從ハサルヘカラ  
 ス登記制度ノ如キ之ニ屬ス外國法人カ日本ニ事務所ヲ設クルトキハ我法律ノ  
 定ムル所ニ從ヒ之カ登記ヲ爲ササルヘカラス唯外國法人タル事實ヨリシテ其  
 間多少特別ノ取扱ヲ爲スコトアリ即チ其法人ノ組織ニ變更ヲ來ス事項ハ內國  
 法人ノ如ク短期間ニ之ヲ登記セシメスシテ其通知ノ到達セシ時ヨリ其期間ヲ  
 起算スルカ如シ民法第四四條

我國ニ於テ法人ノ資格ヲ認メサル外國法人及ヒ法人類似ノモノハ如何ナル權  
 利義務ヲ有スルカ此問題ハ頗ル奇怪ノ感ヲ生スヘシ何トナレハ日本ニ於テ法

人ノ資格ヲ認メサル外國法人及ヒ法人類似ノモノハ決シテ權利義務ノ主體タルコトナシト謂ハサルヘカラサルハナリ然レトモ實際ニ在リテハ我國ニ於テ法人ト認メサル團體ヲ以テ法人ナリト誤認シ之ト契約ヲ締結シ若クハ私犯ノ關係ヨリ義務ヲ生セシメ之ニ對シ其履行ヲ求メントスルニ當リ始テ其法人ナラサルコトヲ悟リタル場合ノ如キ若シ其團體ハ全ク義務ノ主體ニ非ストセハ之カ爲メ我邦人ノ損害ヲ被ルモノ尠カラサルヘシ外國ノ判決例ニ依レハ此種ノ會社及ヒ團體ニ關シ一ノ變例ヲ設ケ之ヲ法律上ノ會社ニ對シ事實上ノ會社ト稱シ之ニ對シ訴訟ヲ提起シ得ルモノトセリ但シ此判例ハ素ト內國人ヲ保護スルノ趣旨ニ出テタルヲ以テ此種ノ會社團體ハ自ラ訴訟ヲ提起スルカ爲メ原告タルヲ得ストセリ此事ハ理論ヨリ觀レハ妥當ナラサル如シト雖モ便宜上止ムヲ得サルモノアルヲ以テリオンカン「ルノ」「ワイズ」等ノ諸學者モ亦正當ト認ムル所ナリ

尙ホ注意スヘキハ一國ノ承認セサル外國ノ法人カ自國內ニ支店ヲ設ケントスルトキハ政府ハ之ヲ拒絕シ又已ニ設ケタルトキハ之ヲ閉鎖セシムルハ一國ノ

權利トシテ爲シ能フモノナリ然レトモ實際上之ヲ默許シ寧ロ一箇人ノ注意ニ一任シ置クコト多シ是レ前記ノ問題ヲ生スル所以ナリ

### 第一編 法律ノ抵觸

外國人ハ內國ニ於テ如何ナル權利ヲ享有スヘキカノ問題ハ前既ニ之ヲ述ヘタリ以下進テ外國人カ內國ニ於テ享有スル權利ハ內國ノ法律ニ從ヒテ享有スルカ將タ其所屬國ノ法律ニ從ヒテ享有スヘキカ抑モ又其他ノ法律ニ從ヒテ之ヲ享有スルヤノ問題ヲ講究セントス

#### 第一章 法律ノ抵觸ヲ決定スヘキ原則

此原則ニ付テハ先ツ法律ノ根據如何ヲ定メサルヘカラス抑モ國家法治權ノ根據ニ二箇ノ事項アリ(一)ハ一國ノ統治權ヲ行フ區域即チ領土ニシテ(二)ハ其支配ヲ受クヘキモノ即チ人民是ナリ此點ヨリ觀察シ國家主權ノ作用ヲ分チテ二種ト爲スコトヲ得ヘシ所謂領土主權前者人民主權後者ト稱スルモノ是ナリ而シテ一國カ其領土內ニ於テ其國民ヲ支配スル場合ハ此二者常ニ相一致スルカ故ニ法律ノ抵觸ヲ生スルコトナシト雖モ一國ノ臣民カ外國ノ領土內ニ在ル場合

ニ於テハ此二者忽チ分離スルノ結果ヲ生ス蓋シ其外國ニ在ル一國臣民ハ一方ニ在リテハ人民主權ノ作用ニ依リ本國法ノ支配ヲ受ケ他方ニ在リテハ領土主權ノ作用ニ依リ所在國法ノ支配ヲ受クヘキコトト爲リ茲ニ二國主權ノ衝突ヲ來シ隨テ斯ル場合ニ於テ何レノ國法ヲ適用スヘキヤノ問題即チ所謂法律牴觸ノ問題ヲ生スルニ至ルナリ而シテ其衝突セル二箇ノ法律中其一ヲ選フトキハ或ハ法律ハ屬地ナリト謂ヒ或ハ之ヲ屬人ナリト謂フナリ此主義問題ニ付テハ從來學者間頗ル議論アリシ所ニシテ又國際私法上重要ノ部分ナルヲ以テ予ハ之ニ關スル沿革ノ大要ヲ述ヘ此原則ヲ講究セントス

古代ニ於テハ全ク屬人法ナリシカ中世區別法說生シ近世漸ク屬人主義ヲ以テ其原則ト爲スニ至レリ以下更ニ分說スヘシ

#### 一 屬地法說法律ノ屬地主義

此說ノ起因ヲ釋スルニ全ク封建制度ニ出テタルモノナリ封建制度ニ於ケル一般ノ觀念ハ土地ヲ以テ國家ノ基本ト爲シ人民ハ唯土地ノ附從物ニ過キスト爲スノ結果其土地ノ法律ハ何レノ國民タルヲ問ハス苟モ其土地ニ在ル者ハ一切

之ヲ支配スト謂フニ在リ而シテ他方ニ於テハ一國ノ主權ハ其境域内ニ止マリ一旦國境ヲ超ユレハ全ク其作用ヲ失ヒ縱令自國人民ト雖モ之ニ對シテ更ニ權力ヲ有セスト謂フニ在リ是レ此說ノ本領ナリ

此說ニ依レハ頗ル簡單ニシテ敢テ法律牴觸ノ問題ヲ生セサルヘシト雖モ之ヲ嚴正ニ適用スルトキハ簡人ノ地位ハ之カ爲メ其安固ヲ缺キ居所ノ異ナルニ隨ヒ直チニ權利ノ變更ヲ來スヘシ例ヘハ自國ニ於テ成年タル者モ隣國ニテハ未成年者ト爲リ又既婚者タルモ國外ニ出ツレハ未婚者タルカ如ク其他權利ノ上ニ付キ甚シキ差異ヲ生スルニ至ル是ニ於テカ十三世紀以來此原則ヲ調和スルノ說ヲ案出シ法律ヲ對物法對人法ニ區別シ對物法ハ内外國人ヲ問ハス一國內ニ在ル一切ノ人ニ適用シ對人法ハ他國ノ領土内ニ在ル者ニ對シテモ其所屬國法ヲ適用スヘシトノ說ヲ生スルニ至レリ予ハ假ニ之ヲ區別法說ト名ク其詳細ハ次ニ之ヲ論セン

#### 二 區別法說

此說ハ其始メ一內國ニ於ケル州法ノ異同ニ關シテ生シタリシカ遂ニ之ヲ以テ

國際間ニ適用スルニ至レリ其主旨トスル所ニ曰ク法律ノ規定ニシテ專ラ人ニ  
關スルモノハ其人ノ到ル處ニ追隨シテ之ヲ支配シ之ニ反シテ其規定カ主トシ  
テ物ニ關スルモノハ適用ヲ受クル者ノ何レノ國人タルヲ問ハス總テ物ノ所在  
地法ヲ以テ支配スト謂フニ在リ此說ハ今日尙ホ之ヲ主張スル者ナキニ非スト  
雖モ已ニ其根據ニ於テ議論アルノミナラス其適用ニ至リテモ亦異說アルヲ免  
レス然レトモ法律中或種ノモノハ其性質又ハ目的ニ依リ獨リ國境內ニ效力ヲ  
有スルニ止マラスシテ國境外ニ於テモ尙ホ其所屬人民ヲ追隨シテ支配スヘキ  
モノト爲スノ點ハ此說ヲ主張スル學者ノ一般ニ認ムル所ナリ隨テ此說ハ之ヲ  
嚴正ナル屬地法說ト調和セシムルコト極メテ困難ナリ蓋シ屬地法說ノ理論ハ  
今日已ニ陳腐ニ屬スト雖モ其領地主權ヲ根據トスル點ニ於テハ極メテ鞏固ナ  
ルモノナレハナリ是ニ於テカ區別法ノ論者ハ其說ノ根據ヲ内外國人相互ノ利  
益ヲウコトニ置ケリ曰ク「各國ハ國際上其權利トシテハ屬地主義ニ依ルヲ得ヘ  
シト雖モ之ヲ嚴正ニ適用スルトキハ雙方ノ人民ニ權利ノ安固ヲ缺カシメ實際  
上ノ不便尠カラサルヲ以テ恩惠的ニ相互ノ讓歩ヲ爲シ之ヲ國際情誼ノ交換

(*Comitas gentium, Comity, Comtesie internationale.*) トシテ一國內ニ在ル外國人ニ其所

屬國法ノ適用ヲ許スモノナリト然ラハ一步ヲ進メテ如何ナル標準ニ依リ其國  
境外ニ於テ適用シ得ル法律ト否ラサルモノトヲ區別スルカ換言スレハ如何ナ  
ル法律カ對物法ニシテ如何ナル法律カ對人法ナリヤ之ヲ説明スルニ付テハ先  
ツ此學說ノ沿革ヲ知ラサルヘカラス

十三世紀ノ頃國際交通ノ頻繁ヲ來タシ所謂法律ノ屬地主義ヲ墨守スルトキハ  
外國人ノ交通ニ尠カラサル妨害アルコトヲ悟リ伊太利人バルトレー其他ノ學  
者輩出シ之ニ關スル研究ヲ爲シ遂ニ法律區別ノ理論ヲ考案シ嚴正ナル屬地主  
義ニ對スル例外ヲ設ケタリ蓋シ當時伊太利ハ諸州ニ分割セラレ隨テ其諸州ノ  
習慣相異ナリ就中人事ニ關スル身分能力等ニ至リテハ各州區區ノ制度ヲ設ケ  
地ヲ隔ツル一步ニシテ忽チ所在地國法ノ適用ヲ受クルノ結果能力者モ無能力  
ト爲リ其他此種ノ不都合多カリシヲ以テ此派ノ學者ハ諸州固有ノ法律ト伊太  
利全國ニ通スヘキ法律即チ一般ノ法理ニ反セサルモノトヲ區別シ前者ハ所在  
地法ヲ適用シ後者ハ所屬國法ヲ適用スヘキモノナリト論セリ然レトモ是レ唯



理論ノ發明ニ止マリ實際ノ適用ニ至リテハ極メテ區區ニシテ頗ル困難ヲ極メ  
タリ例ヘハ相續ニ關スル法律ノ如キ人ニ關スルモノナリヤ物ニ關スルモノナ  
リヤ不明ナルヲ以テ遂ニ器械的ノ解釋ヲ爲シ法文ノ初メニ在ル文字ノ人ナル  
ト物ナルトニ依リ之カ區別ヲ肯斷スルニ至レリ  
此ノ如ク「バルトレ」等ノ所說ハ不完全ナリシト雖モ今日國際法ノ一大原則タ  
ル屬人主義ハ實ニ此區別法說ニ胚胎スルモノナリ殊ニ當時唱道セシ說ニシテ  
今日國際私法ノ原則タルモノ尠カラス例ヘハ場所ハ行爲ヲ支配ストノ法則ノ  
如キ即チ是ナリ

後此說一般ニ廣マリ佛國ニモ二三ノ學者アリテ等シク此說ヲ主張シ又和蘭ニ  
於テモ此派ノ學者輩出シ多少ノ進歩ヲ計レリ

獨逸ニ於テハ「シャフネル」「ウヒタル」「サヰニ」等アリテ此問題ヲ攻究シ之ニ法理  
上ノ理由ヲ付スルニ至レリ就中一機軸ヲ出シタルハ「サヰニ」氏ナリ

氏ハ從來ノ區別法說ヲ探ラス又從來獨逸學者ノ說ニモ據ラス更ニ一生面ヲ開  
キ專ラ適用ヲ受クヘキ事實ノ性質ヲ審案シ苟モ其性質ニ適合スル法律ハ内國

法ナルト外國法ナルトヲ問ハス之ヲ適用スヘシト論セリ然ルニ氏ノ說ニ對シ  
非難スル者アリ曰ク若シ此ノ如ク外國法ヲ適用スルモノトセハ一國ノ主權ハ  
蔑視セラルヘシト氏之ニ答テ曰ク一國ノ主權ヲ遵奉セシムル範圍ハ其國ノ生  
存防衛ヲ以テ限界ト爲ス故ニ一國ハ其公益上ノ理由ニ基ク禁止的ノ性質ヲ有  
スル法律ヲ其國ニ在ル外國人ニ適用スルヲ以テ足レリトス若シ夫レ禁止的の性  
質ナキ法律ニ至リテハ之ヲ外國人ニ適用セサルモ敢テ其國ノ主權ヲ傷クルモ  
ノニ非スト惟フニ一國ノ主權ヲ蔑視スルトノ點ハ氏ノ說ニ對シ非難スヘキモ  
ノニ非ス何トナレハ彼ノ屬地主義ヲ原則トスル區別法論者ト雖モ已ニ人ノ身  
分及ヒ能力ニ關シテハ當事者ノ本國法ヲ適用スヘキモノトセテ而シテ其理由  
ハ國際情誼又ハ法理ニ基クヲ問ハス其外國法ヲ適用スル點ニ至リテハ則チ一  
ナレハナリ隨テ獨リ「サヰニ」氏ノ說ヲ以テ一國ノ主權ヲ害スルモノト爲スヘ  
カラス畢竟氏ノ所論ハ今日ノ所謂屬人法主義ノ根據ヲ創始セシ所ノ說ニシテ  
其功績ノ大ナル之ヲ彼ノ區別法說ノ法理上ノ根據ナキモノト比スヘキニ非サ  
ルナリ然レトモ氏ハ其理論ヲ實際ニ適用スルニ當リテハ知ラス識ラス從來ノ

區別法說ノ弊ニ陷リ充分持説ヲ貫クコト能ハサリシナリ是ニ於テカ更ニ屬人法說生スルニ至ル

### 三 屬人法說

此說ハ當世紀ノ央即チ千八百五十一年始テ伊太利人「マンチニ」氏ノ唱導セシ所ニシテ忽チ伊太利全國ニ行ハレ遂ニ英米二國ヲ除キ其他文明諸國ノ一般ニ採用セラルルニ至レリ其說ノ大要ニ曰ク凡ソ私益ニ關スル法律ハ人ノ便益ヲ目的トスルモノナリ隨テ其法律ノ支配スル範圍モ又其目的タル人ノ上ニ止マリ其他ニ及ホスヘカラス而シテ苟モ其目的タル人ニ付テハ如何ナル場所ニ於テモ又如何ナル權利關係ニ付テモ常ニ之ヲ支配スルヲ原則トス唯其例外ト爲リ制限ト爲ルモノハ國際公安ニ關スル規定及ヒ場所ハ行爲ヲ支配ストノ法則並ニ箇人ノ意思ヨリ生スルコトアルノミト

抑モ國家ハ一ノ政權ニ服從スル人民ノ集合體ヨリ成リ而シテ今日ノ國家ハ一定ノ領土ヲ有スルヲ常トス隨テ一國ノ主權ハ人民及ヒ土地ノ上ニ行ハル然レトモ此二箇ノ原素ハ其必要ノ程度ニ於テ多少ノ差異ナクシハアラス蓋シ領土

ノ必要ナル所以ハ其國人民ニ確實ナル保護ヲ與フルニ在リ即チ人ハ主ニシテ土地ハ從ナリ換言スレハ人民ナキ國家ハ之ヲ想像スルコト能ハサレトモ領土ナキ國家ハ之ヲ想像シ得サルニ非ス例ヘハ各地ニ漂泊スル野蠻人ノ如キ一定ノ領土ナルモノナシト雖モ其國體ハ尙ホ一ノ社會の組織ヲ爲シ之ヲ統轄スル一定ノ政權ヲ存スルトキハ亦一國民ト稱スルコトヲ得ヘシ領土ノ國家ニ於ケル關係ハ恰モ住所ノ人ニ於ケルカ如ク領土ノ國家ニ非サルハ猶ホ住所ノ人ニ非サルト同一ナリ已ニ國家ハ人民ノ集合ヨリ成立スヘキモノナル以上ハ人ハ則チ國家ノ要素中最モ重要ナルモノナリ故ニ國家カ所謂臣民主權ノ作用ニ依リ其人民ノ爲メニ法律ヲ制定スルニ當リテハ領土ニ境界アルヲ見ス一ニ其人ヲ目的トシ苟モ自由人民ナル以上ハ其外國ニ在ルトキト雖モ其到ル處ニ追隨シテ之ヲ支配スヘキモノナリ蓋シ自國ニ在ル外國人ニ對シ公益ノ理由ナキニ我國法ヲ適用センカ其所屬國ノ臣民主權ヲ侵害スルコトト爲リ又外國ニ在ル自國民ニ對シ我國法ヲ適用セザルトキハ即チ一國ノ主權ヲ拋棄スルモノナレハナリ畢竟法律カ屬人ナリトスル理由茲ニ存ス加之如何ナル法律カ最モ箇人

ノ私益ニ適合スルカヲ觀ルモ其所屬國法ナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ  
一國ノ法律ハ其國ノ人情風俗慣習氣候等ヲ斟酌シテ制定スルモノナレハ其人  
民ヲ支配スルニ適當ナルハ本國法ノ右ニ出ツルモノナケレハナリ  
然ルニ屬人法說ヲ採ル學者中其國籍ノ存スル國ノ法律即チ本國法ヲ適用セス  
シテ住所地法ヲ適用スヘシト論スル者アリ是レ蓋シ屬人法ノ適用ニ付キ其根  
據ヲ異ニスルモノナルヘシ而シテ此種ノ學者ノ唱フル處ニ據レハ人間一生  
中ノ法律行為ノ大部分ハ住所地ニ於テ之ヲ爲シ人ノ性質モ住所ニ於テ定マリ其  
慣習モ亦住所地ニ於テ養成セララルモノ多ク要スルニ住所地ハ箇人タル資格  
ヲ完成スルカ故ニ住所地ノ法律ハ最能ク人ノ性質及ヒ其必要ニ適スルモノ  
ト謂ハサルヘカラス之ニ反シ所屬國法ハ或ハ實際上其人ノ性質ニ適合セサル  
コトアルノミナラス又其必要ニ副ハサルコトアリ例ヘハ一國民カ外國ニ住所  
ヲ定メ之ヲ生活ノ中心ト爲ストキハ其者ハ所屬國法ニ從ハシヨリ寧ロ住所  
地ニ從ハント欲スル意思ヲ有スルモノト推測スルコトヲ得ヘシ結局此點ヨリ  
觀ルモ亦住所地法ヲ適用セサルヘカラストスルニ在リ

今日一般ノ學說ハ殆ト住所地法ヲ採用セス是レ住所ハ未タ以テ屬人法說ノ根  
據ト爲スニ足ラサレハナリ何トナレハ住所ハ業務ノ中心ニシテ吾人ノ生計上  
樞要ノ場所ナリト雖モ屢變更アルモノニシテ之ヲ國籍ニ比スレハ極メテ變  
動多キ所ノモノナリ然ルニ之ヲ根據トシテ常ニ住所地法ヲ適用セントスルハ  
是レ容易ニ箇人ノ地位ヲ變更セントスルモノナレハナリ結局外國ニ在ル箇人  
ノ利益ノ安固ヲ目的トスル屬人法說ハ其根據ヲ所屬國法ニ置カサルヘカラス  
或ハ彼ノ區別法說ニ於テ住所地ノ法律ヲ根據トセシコトアルヲ引用シ以テ說  
ヲ爲ス者アレトモ是レ當時特別ノ事情アリシカ爲メノミ即チ此時代ニ於テハ  
一國內ノ法律區區ニ岐レ未タ一樣ノ法律ナキヲ以テ止ムヲ得ス住所地法ニ從  
ヒシモノナレトモ今日ニ於テハ最早各國ハ其國一般ニ通スル法律ヲ有スルカ  
故ニ所謂住所地法ヲ採用スルノ必要ナシトス  
前述ノ如ク所屬國法說ハ原則上其當ヲ得タルモノナレトモ或場合ニハ例外ト  
シテ所屬國法ヲ適用スルニ代ヘ住所地法ヲ適用スルコトアリ例ヘハ國籍ヲ有  
セサル者ニ對シ屬人法說ノ適用ヲ爲スカ如シ我國法例第二十七條第二項ニモ

之ト同一ノ規定アリ曰ク「國籍ヲ有セサル者ニ付テハ其住所地法ヲ以テ本國法ト看做ス其住所ノ知レサルトキハ其居所地法ニ依ル」ト即チ是ナリ又或場合ニハ一人ニシテ二箇以上ノ國籍ヲ有スルコトアリ之ニ付テハ理論上住所地法ニ依ルヘシトノ學說及ヒ立法例アリト雖モ我法例ハ其最後ニ取得シタル國籍ニ依リテ其本國法ヲ定メ若シ其一カ日本ノ國籍ナルトキハ日本ノ法律ニ依ルヘキモノトセリ(第二七條第一項)其他一國カ地方ニ依リ法律ヲ異ニスル國ノ人民ニ付テハ是レ亦前ト同シク學說及ヒ立法上住所地法ヲ適用スヘシトセルモノアリ此點ニ關シ我法例ハ其者ノ屬スル地方ノ法律ニ依ルヘキモノトセリ同條第三項而シテ其實際ノ適用ニ至リテハ多クハ住所地法ナルヘシ但シ然ラサル場合モアラシ

尙ホ一言スヘキハ法律ノ屬人ナリト謂フハ人ノ身分能力ニ關スルト財產ニ關スルトヲ問ハサルナリ唯實際上財產ニ關スル法律ハ公益上ノ理由ヨリシテ禁止の又ハ命令のノモノアリテ物ノ所在地法ヲ適用スルコトアレトモ是レ區別法說ノ如ク物ニ對スル法律ナルカ故ニ所在地法ヲ適用スルニ非ス畢竟一國ノ

公益上ヨリ生シタル例外ト知ルヘシ我法例第十條第一項ニモ此ノ如キ規定アリ「動產及ヒ不動產ニ關スル物權其他登記スヘキ權利ハ其目的ノ所在地法ニ依ル」トアルハ即チ是ナリ

#### 第一制限 國際公安ニ基ク(例外)モノ

法律ハ屬人ナリトノ主義ニ對シ其制限ノ一ト爲ルヘキモノハ國際公安ニ基ク場合ナリ蓋シ一國內ニ於テ外國法ヲ絕對ニ適用セントスルトキハ之カ爲メ或ハ一國ノ自存權ヲ侵害シ其生存ヲ傷クルコトアリ即チ一國ノ安寧秩序ニ關スル公益上ノ法律ト相容ルルコト能ハサル外國法ヲ內國ニ於テ適用スルカ如キハ到底許スヘカラサルモノナリ素ト一國ニ在ル外國人ニ其本國法ノ適用ヲ受ケシムルハ簡人ノ利益ヲ保護スルノ目的ニ出テタルモノニシテ一國ノ公益ヲモ之カ爲メ犧牲ニ供スヘキノ理ナシ否寧ロ簡人ノ利益ハ一國公益ノ爲メニ犧牲ト爲ラサルヘカラス隨テ抵觸セル二箇ノ法律中其何レヲ適用スヘキカノ問題ニ付テハ先ツ其法律ノ性質カ公益ニ關スルモノナリヤ否ヤヲ檢案シ果シテ一國ノ公益ニ關スルモノナルトキハ其國ノ法律ヲ適用シ之ニ反シ一法律ニシ

ヲ商人ノ利益ニ關スルモノナルトキハ其者ノ所屬國法ニ從フヘキナリ此一國ノ公益ニ關スルモノトシテ外國人ニモ尙ホ適用スヘキ法律ヲ稱シテ國際公安ニ關スル法律トハ謂フ

然ラハ公安トハ如何元來此文字ハ其意義頗ル漠然トシテ確實ナル用語ニ非スト雖モ之ヲ國內法上ノ用語トシテ考フルトキハ亦自ラ一定ノ意義ナキニ非ス然レトモ國際公安ニ關スル法律ト國內公安ニ關スル法律トハ同一ナリト云フヲ得ス一國人カ契約ニ依リテ違フコト能ハサル内國法中所謂公安ニ關スル法律ハ之ヲ國際公安ニ關スル法律ト相對シ國內公安ニ關スル法律ト稱スルコトヲ得而シテ國內公安ニ關スル法律ハ其性質一國法ノ下ニ在ル一商人ト其國家トノ關係ヨリ來ルモノナリ之ニ反シ國際公安ニ關スル法律ハ其關係一商人ト外國ノ國家トノ間ニ存スルモノナリ故ニ此二者其公益上ノ理由ニ基ク點ニ於テハ同一ナリト雖モ其間自ラ廣狹ノ差異アリ例ヘハ人ノ身分能力ニ關スル法律ハ外國ニ於テモ尙ホ其當事者ノ本國法ヲ適用スルヲ通則トスルカ如キ是レ即チ國際公安ニ關スルモノニ非サレハナリ然レトモ身分能力ニ關スル法律ハ

審院ヲシテ管轄裁判所ノ指定ヲ爲サシムルノ必要ナキコト明白ナリ若シ夫レ反對論者ノ主張ヲシテ正當ナリトセシカ大審院ノ判決ニ因リテ地方裁判所間ニ權限爭ノ生シタルトキハ管轄裁判所ノ指定ヲ求ムルノ途ナキテ如何セザルニ之カ途アリトセハ此場合ニ於テルモ亦直近上級裁判所ハ大審院ナリト云ハサルヲ得サルヘシ果シテ然リトセハ論者ノ第一理由ニ牴觸スルノ結果ヲ生ス又甲地方裁判所ノ判決ニ對シテハ控訴ヲ爲シタル末控訴院ノ判決確定シ面トテ乙地方裁判所ノ判決ニ對シテハ控訴ヲ爲サシメテ確定シタルトセバ此場合ニ於テ法律上乙地方裁判所ハ眞ニ裁判權ヲ行フヘキモノナルトキハ控訴院ニ於テ乙地方裁判所ヲ管轄裁判所トシテ指定スルモ論者ノ所謂第一理由タルカ如キ恐テ生セサルモノナリ而モ尙ホ控訴院ニ於テ管轄裁判所ヲ指定スルヲ得サルモノナリト主張セサルヲ得サルニ至ラゾ故ニ本問ノ如キ場合ニ於テハ控訴院ヲ以テ直近上級裁判所ナリト解セサルヲ得ス

直近上級裁判所ハ管轄裁判所指定ノ申請ニ對シテハ口頭辯論ヲ經シテ之カ決定ヲ爲スヘキモノトス而シテ其申請ヲ却下シタル決定ニ對シテハ不服ヲ申

立ツルコトヲ得ヘシト雖モ管轄裁判所ヲ指定シタル決定ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得サルモノトス是ニ由リテ之ヲ觀ルモ管轄裁判所ノ指定ハ裁判權ノ有無ヲ判斷スルモノニアラスシテ新ニ或裁判所ニ對シテ裁判權ヲ付與スルモノナルコトヲ解得スルニ難カラサルヘシ

### 第二節 裁判所ノ職員並ニ其除斥忌避

本節以下ハ講師多忙ノ爲メ校閲ヲ經ルコト能ハサリシヲ以テ文字上ノ實ハ編輯者ニ在リ

#### 第一款 裁判所ノ職員

抑モ民事ニ於タル訴訟事件ヲ裁判スルニ當リテヤ主トシテ職務ヲ行フ者ハ判事ナリ判事ハ原告若クハ反訴ノ(原告被告ノ爲シタル請求ヲ判斷シ又訴訟手續ニ關シテハ必要ノ命令若クハ指揮ヲ爲シ又判決ノ執行ニ必要ナル強制ノ處分ヲ爲スノ職權ヲ有スルモノトス但シ此等ノ職務ハ主トシテ判事ノ爲スヘキモノナリト雖モ其行爲ニ付テハ之ヲ補助スルノ行爲ヲ必要トスルコト尠カラズ例セハ裁判所ト當事者間トニ於タル書面ノ往復訴訟ニ付テノ調査ノ調製其

他當事者ノ陳述又ハ行爲ヲ筆記スルコト等ニ付テハ特ニ書記ナルモノヲ設ケテ右ノ職務ヲ擔當セシメ以テ判事ヲ補助スルモノトス

又書記ノ外尙ホ補助員トシテ執達吏ナルモノヲ設ケ執達吏ハ訴訟手續ノ開始並ニ續行ニ必要ナル書類ノ送達ヲ爲シ且ツ強制執行ニ關シテ必要ナル行爲ヲ爲スモノトス

右判事、書記、執達吏ノ外尙ホ檢事ナルモノアリ檢事ハ民事訴訟ニ關シテハ公益ヲ代表シテ其意見ヲ陳述シ又或特定ノ事件ニ付テハ主タル當事者トシテ證據ヲ提出シ若クハ上訴ヲ爲スコトヲ得ルモノトス

#### 第一 判事

判事タルヲ得ルニ付テノ資格ハ裁判所構成法第二編第一章ニ於テ之ヲ規定シ其任命、轉官、轉所、停職、免職及ヒ退職ニ付テハ同法第二編第二章ノ規定スル所ナルニ由リ此等ノ點ニ付テハ茲ニ説明スルコトヲ省略スヘシ又其職務ニ付テハ前述其大要ヲ説明シタルカ如シ要スルニ判事ノ職務ハ裁判事務ノ全體ニ係ルモノナリ但シ其詳細ハ本法講義ノ進行ニ伴ヒ自ラ會得セラ

ルハニ至ルヘキヲ信ス

## 第二 書記

書記ト爲ルコトヲ得ヘキ資格ニ付テハ裁判所書記登用試験規則ニ於テ之ヲ規定シ其任命補職ニ付テハ裁判所構成法第二編第四章ニ於テ之ヲ規定ヲ爲セリ故ニ其詳細ハ之ヲ省畧ス

書記ハ判事ノ補助職員ナリ故ニ裁判所構成法第九十一條ニ於テモ合議裁判所ニ屬スル書記ニ在リテハ裁判長ノ命令ニ從ヒ又單獨判事ニ屬スル書記ニ在リテハ其判事ノ命令ニ從フヘキモノナリト規定セリ  
書記ノ職務ノ大要ヲ舉タルトキハ左ノ如シ

### (イ) 調書ヲ作製スルコト

調書トハ法廷ニ於テ生シタル事項及ヒ其手續ヲ明確ニシタル書面上ノ記載ナリトス其記載タルヤ固ヨリ法律ニ依リテ付與セラレタル書記ノ職權ニ屬スルモノナリ然レトモ裁判長若シハ判事ハ其記載スヘキ事項ヲ特ニ命令スルコトヲ得ルモノトス但シ此場合ニ於テハ書記ハ其命令ニ從ヒ必

ス之ヲ調書ニ記載セサルヘガラズ然レトモ其命令ニシテ口述ノ書取ニ係ルカ又ハ書類記録ノ調製若クハ變更ニ關スル場合ニ於テ書記カ其調製若クハ變更ヲ正當ナラスト認ムルトキハ自己ノ意見ヲ記シテ之ニ添フルコトヲ得ルモノトス

(ロ) 判決其他決定命令等ノ正本ヲ調製シ且ツ認證ヲ爲スコト及ヒ其抄本又ハ謄本ヲ作製スルコト

裁判所カ訴訟ニ關シテ裁判ヲ爲スニ當リテヤ法律上種々ノ區別アリト雖モ要スルニ判決決定命令ノ三種ニ過サルモノトス而シテ此等ノ正本ヲ調製シ及ヒ認證ヲ爲スハ書記ノ職務ニ屬スル所ナリ管ニ正本ノミナラス其抄本又ハ謄本ヲ調製シ或ハ拔書若クハ寫ヲ作製スルコトモ亦書記ノ職務ナリトス

(ハ) 裁判所ト訴訟當事者又ハ訴訟關係者トノ間ニ於クル書面上ノ往復ヲ爲スコト

例ヘハ呼出狀ヲ發シ證人ヲ呼出シ準備書面ヲ往復スルカ如キ是ナリ

(二) 當事者間ニ於ケル書面上ノ往復ヲ取扱フコト  
即チ當事者ノ一方ヨリ一方へ準備書面ヲ送達シ或ハ公示送達ヲ爲スカ如  
シ

(\*) 訴訟記録ノ整頓

訴訟記録トハ訴訟事件ニ關シテ法律上調製セサルヘカラサル書面若クハ  
法律上調製シ得ヘキ書面ヲ謂フ學說上ニ於テハ之ヲ二種ニ區別セリ而シ  
テ其第一種ハ當事者ノ訴訟記録ニシテ第二種ハ裁判所ノ訴訟記録ナリ當  
事者ノ訴訟記録トハ當事者ノ手中ニ存スルモノヲ云ヒ裁判所ノ訴訟記録  
トハ裁判所若クハ書記ノ調製シタル書面又ハ當事者ヨリ裁判所ニ提出シ  
タルモノニシテ裁判所ニ存在スル所ノ書面ヲ謂フ

(一) 訴訟記録ノ謄本若クハ抄本ヲ調製スルコト

茲ニ所謂訴訟記録ノ謄本及抄本ヲ調製スルトハ前述(ロ)號ニ説明シタル判  
決決定命令ヲ除キ其他ノ書類ノ謄本若クハ抄本ヲ作製スルコトヲ謂フモ  
ノナリ

以上ノ事項ハ總テ書記ノ職務ニ屬スルモノトス

第三 檢事

檢事ト爲ルノ資格ニ付テハ裁判所構成法第二編第一章ニ於テ之カ規定ヲ爲シ  
其補職ニ付テハ同法第二編第三章ニ於テ之ヲ規定セリ又其組織ニ付テハ同法  
第六條及ヒ第七條ニ於テ之ヲ規定シアルカ故ニ茲ニ之カ説明ヲ爲サス其職務  
ニ付テハ裁判所構成法及ヒ民事訴訟法ニ於テ規定スル所アリ蓋シ檢事ノ制ハ  
佛國ニ始マリタルモノニシテ主トシテ刑事ニ付キ公益ヲ代表シ原告官トシテ  
當事者ノ位置ニ立ツモノトス我邦ニ於テモ亦之ト同一ノ職務ナレトモ裁判  
所構成法第六條ノ規定ニ徹シテ明カナリ然レトモ檢事ハ民事訴訟ニ付テモ亦  
之ニ關與スルノ權利ヲ有スルコトハ同條並ニ民事訴訟法第四十二條及ヒ人事  
訴訟手續法等ニ於テ規定スル所ナリ而シテ檢事カ民事訴訟ニ關與スルニ付テ  
ハ或ハ主タル當事者トシテ或ハ附隨ノ當事者トシテ之ニ關與スルノ別アリ  
檢事カ主タル當事者トシテ民事訴訟ニ關與シ得ル場合ハ人事訴訟手續法ニ於  
テ之ヲ規定シアリ左ニ之ヲ略說セシム



(イ) 民法第七百六十五條乃至第七百七十一條ノ規定ニ反シ婚姻ヲ爲シタルコトヲ理由トシテ其無効ヲ主張スルトキ(民法第七八〇條)

此場合ニ於テハ各當事者其親族ヨリ常ニ其無効ヲ主張スルコトヲ得ルノミナラス檢事ニ於テモ亦職權上獨立シテ其無効ノ訴ヲ起スコトヲ得ルモノナリ故ニ檢事カ其職務トシテ獨立シテ起訴ヲ爲ストキハ當事者トシテ民事訴訟ニ關與スルモノナリ又職權上起訴セサル場合ト雖モ已ニ他ヨリ起訴アリタルトキハ其訴訟ヲ退行シ及ヒ獨立シテ申立ヲ爲スコトヲ得ルモノトス而シテ右何レノ場合ニ於テモ檢事ハ其裁判ニ對シテ上訴ヲ爲スコトヲ得

(ロ) 禁治產及ヒ準禁治產ノ請求

禁治產ノ請求ハ本配偶者四親等内ノ親族戸主後見人保佐人ニ於テ其請求ヲ爲スコトヲ得ルノミナラス檢事モ亦獨立シテ之ヲ請求スルコトヲ得ルモノトス又檢事自ラ其申立ヲ爲サハルトキニ於テモ配偶者其他申立ヲ爲ス權利ヲ有スル者ヨリ禁治產ノ申立ヲ爲シタル場合ニ於テ檢事ハ其訴訟手續ヲ退行スコトヲ得ルモノトス(民法第七條人事訴訟手續法第四五條第一項右何レノ

場合ニ於テモ禁治產ノ申立ヲ却下シタル裁判ニ對シテハ檢事モ亦申立人ト同シク即時抗告ヲ爲スコトヲ得ルモノトス人事訴訟手續法第五四條第一項)又禁治產ノ宣言ニ對シテハ禁治產者及ヒ其後見人其他禁治產ノ申立ヲ爲スノ權ヲ有スル者ハ勿論檢事ニ於テモ訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ヘシ又禁治產ノ原因止ミタルトキハ其取消ヲ請求スルコトヲ得(同第五五條第一項民法第一〇條右ハ準禁治產ノ場合ニ準用セラルルモノトス(民法第一一條第一三條人事訴訟手續法第六七條第六八條)

次ニ檢事カ附隨ノ當事者トシテ民事訴訟ニ關與スヘキ場合ハ民事訴訟法第四十二條ノ規定スル所ナリ以下之ヲ説明スヘシ

(イ) 公ノ法人ニ關スル訴訟

例ヘハ國府縣市町村ヨリ他ノ國府縣市町村ニ對シ又ハ此等ノ法人ヨリ一個人ニ對シ若クハ一個人ヨリ此等ノ法人ニ對スル訴訟ノ如キニ關シテハ檢事ニ於テ附隨ノ當事者タルヘキモノトス

(ロ) 婚姻ニ關スル訴訟

法文ニハ婚姻ニ關スル訴訟ト規定シ其意義甚タ汎博ナルヲ以テ總テノ婚姻事件ニ立會フコトヲ得ルモノトス尤モ前説明シタル如ク人事訴訟手續法ヲ以テ檢事ハ婚姻事件ニ付キ主タル當事者トシテ訴訟ニ關與スルモノナルコトヲ規定シタルニ拘ラス今又附隨ノ當事者トシテ立會フヘキ旨ヲ民事訴訟法第四十二條ニ於テ規定シタルハ一見重複ノ疑アルカ如キモ其實際ハ決シテ然ラス即チ前者ハ檢事ノ職權上ノ起訴及ヒ訴訟手續ノ進行其他上訴ノコトニ關シ專ラ檢事ノ權利ニ屬スルモノヲ規定シタルモノニシテ毫モ職務上ノ義務アルコトヲ定メタルモノニアラス之ニ反シテ後者ハニ檢事ノ職務上ニ於クル立會ノ義務ヲ定メタルモノナルカ敢テ重複ノ嫌アリト謂フコトヲ得サルヘシ

(ハ) 夫婦間ノ財産ニ關スル訴訟

夫婦間ノ財産ニ關スル訴訟トハ主トシテ夫婦財産契約ニ關スル訴訟ノ如キヲ謂フモノナルモ其他契約ニアラサルモ夫婦間ノ財産上ノ爭ニ關シテ生シタルモノモ亦勿論此中ニ包含セララルモノトス

(ニ) 親子若クハ養親子ノ分限其他總テ人ノ分限ニ關スル訴訟

人ノ分限ニ付テハ民法親族編ノ規定スル所ナリ而シテ其分限ニ關スル訴訟トハ私生子認知ノ爭ノ如キヲ謂フモノナリ

(ホ) 無能力者ニ關スル訴訟

無能力者トハ未成年者禁治產者準禁治產者妻等ヲ指稱スルハ勿論瘋癲者等ヲモ總稱スルモノトス

(ヘ) 養料ニ關スル訴訟

舊民法人事編ハ其第二十六條乃至第二十九條ニ於テ養料ニ關スル規定ヲ爲シタリシカ新民法ハ之ヲ改メテ扶養ノ義務ト稱シ第九百五十四條乃至第九百六十二條ニ於テ之カ規定ヲ設ケラレタリ

(ト) 失踪者及ヒ相續人虧缺ノ遺產ニ關スル訴訟

失踪者ノ財産ニ付テハ民法第二十五條乃至第三十二條ニ於テ之ヲ規定シアリ又相續人虧缺ノ財産ニ付テハ民法第一千五十一條乃至第一千五十九條ニ於テ之ヲ規定セラレタリ

(チ) 贋書ノ偽造若クハ變造ノ訴訟

證書ノ偽造又ハ變造ナルコトヲ主タル訴訟トシテ爭フトキハ勿論或訴訟中間ノ爭ヲ以テ民事訴訟法第三百五十一條ノ規定ニ從ヒ公正證書又ハ檢眞ヲ經タル私署證書ヲ偽造若クハ變造ナリト主張スル場合ヲモ包含スルモノトス

(リ) 再審

再審ニ付テハ民事訴訟法第四百六十七條乃至四百八十三條ニ於テ規定スル所アルヲ以テ今茲ニ之ヲ説明ヲ爲サス

以上ノ各場合ニ於テ檢事ハ當事者ノ位置ニ立テテ職務ヲ行フモノニアラスシテ單ニ公益上裁判所ニ注意ヲ爲ス爲メ意見ヲ陳述スルニ過キサレモノナリ故ニ其意見タルヤ當事者ノ辯論終リタル後ニ於テスヘク且ツ當事者ハ檢事ノ意見ニ對シ辯駁ヲ爲スコトヲ得ス但シ檢事ノ陳述シタル事實ノ點ニ付キ相違アルトキハ其更正ヲ求ムルヲ得ルノミ

左ノ外檢事ハ裁判所構成法第六條ニ依リ如何ナル民事訴訟ト雖モ必要ナリト

思料シタルトキハ裁判所ニ對シ事件ノ通知ヲ求メ之ニ立會フコトヲ得ルモノトス此場合ニ於テモ亦其意見ハ單ニ注意ノ爲メ之ヲ陳述スルニ過キサレモノトス

以上説明セル如ク民法及ヒ人事訴訟手續法ヲ以テ規定シアル場合ニ於テ主タル當事者トシテ訴訟ニ關與スル場合ヲ除キ檢事カ民事訴訟ニ立會ヒ其意見ヲ陳述スルハ單ニ裁判所ニ對スル注意ノミニ止マルモノナルカ故ニ其意見タルヤ殆ト效力ナキモノナリトス又檢事ノ立會ハ毫モ裁判所ノ構成ニ關係ヲ有セサルモノニシテ檢事ノ立會ハ裁判所ノ構成ノ一部ヲ爲スモノニアラス故ニ經合檢事ノ立會ナキモ之ヲ以テ裁判所ノ構成ニ不法アリトシテ上訴ノ理由ト爲スコトヲ得サルモノナリ是ヲ以テ今日ノ實際上ニ在リテハ民事上檢事カ立會ヲ爲スカ如キハ殆ト其例ヲ見サルニ至レリ

#### 第四 執達吏

執達吏ハ官吏ニシテ司法大臣之ヲ任命補職ス然レトモ司法大臣ハ其任命及ヒ補職ノ權ヲ控訴院長ニ委任スルコトヲ得ルモノトス裁權第九十五條

執達吏ト爲ルニ必要ナル資格ニ付テハ執達吏登用試験規則ニ於テ之ヲ規定セリ故ニ茲ニ之ヲ贅セス

執達吏ハ書記ト同シク判事ノ一機關タル補助ノ職員ナリ然レトモ此機關ヲシテ職務ヲ執ラシムルノ權ハ法律上判事ニ屬セスシテ其一部ヲ當事者ニ委任シ他ノ一部ヲ書記ニ委任セリ要スルニ執達吏ノ職務ノ發動ハ或ハ當事者ヨリ或ハ書記ヨリ生スルモ其職務ノ性質タルヤ全ク判事ノ補助ヲ爲スニ在ルモノニシテ常ニ判事ノ職務ノ一部ヲ爲スモノナリ故ニ當事者ノ委任ニ因リテ其職務ヲ行フ場合ト雖モ其職務ハ普通法上ノ委任ト異ナリ法律上定メラレタル範圍内ニ於テ之ヲ執ルモノナリ是ヲ以テ若シ當事者ニ於テ法律上ノ範圍ヲ越エテ委任ヲ爲ストキハ執達吏ハ其委任ヲ拒絕スルノ權利ヲ有スルノミナラス又

其拒絕ノ義務ヲ有スルモノトス是レ何等ノ制限ナキ通常委任ト異ナル點ナリ又執達吏ハ敢テ一定ノ俸給ヲ受クルモノニアラスシテ當事者ヨリ手数料ヲ徵收スルニ過キサルモノナリト雖モ之ヲ爲メニ執達吏ハ官吏タル性質ヲ有セス

ト謂フヲ得ス又執達吏ニシテ官吏ナル以上ハ國家カ其官吏ノ行爲ニ付キ責任ヲ有スル場合ニ於テハ執達吏ノ行爲ニ付テモ亦同一ノ責任アリト謂ハサルヘカラス

執達吏ノ職務ニ付テハ裁判所構成法、民事訴訟法執達吏規則等ニ於テ規定スル所ナリ而シテ其重ナル職務ハ左ノ如シ

- (イ) 裁判所ヨリ發スル文書ヲ當事者若クハ關係人ニ送達スルコト
- (ロ) 裁判ノ執行ヲ爲スコト

而シテ其詳細ニ付テハ送達及ヒ執行ノ部ニ至リテ自ラ明カナルヘシ

### 第二款 裁判所職員ノ除斥及ヒ忌避

訴訟ニ付キ裁判ヲ爲ス場合ニ於テ公平ヲ維持スルコト能ハサル虞レアル職員ヲシテ其裁判ニ關與スルコトヲ得セシムルハ公益上不利ナルヲ以テ此ノ如キ虞レアル職員ヲシテ其訴訟ニ干與スルコトヲ得サラシムルハ公益上大ニ必要ヲ感スル處ナリ而シテ民事ノ訴訟ニ付キ裁判ヲ爲スニ當リ最も重ナル職務ヲ執ル所ノモノハ裁判官ナルカ故ニ裁判官ヲシテ訴訟ニ對シ最も不羈獨立ノ位

置ニ立タシメ嚴正至公ヲ守ラシメサルヘカラサルナリ此等ノ點ヨリシテ法律上裁判官ニ付キ規定ヲ設ク訴訟ニ付キ全ク公平ノ地位ヲ保タシメンコトヲ希望セリ隨テ民事訴訟法上公平ヲ維持スルコト能ハサルノ虞アル判事ヲシテ事件ニ關與セサラシメンカ爲メ判事ノ職務ヲ行フコト能ハサル場合ヲ定メアリ而シテ其場合ニ二種アリ即チ

第一 當事者ヨリ申立ヲ爲スト否トニ拘ラス法律上或場合ニ於テハ判事ハ全然公平ヲ維持スル能ハサルモノナリト認メ其職務ヲ行フコトヲ得サラシムル場合

第二 當事者ノ申立ヲ俟テ始メテ判事ヲシテ其職務ヲ行フコトヲ得サラシムル場合

是ナリ右第一ノ場合ニ於テハ之ヲ法律ニ因ル除斥ト謂ヒ第二ノ場合ニ於テハ當事者ノ忌避ノ申請ニ因ル除斥ト謂フ  
法律ニ依ル除斥ノ場合ニ於テハ裁判所ハ當事者ノ申立ノ有無ニ關セス又訴訟ノ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハス常ニ職權ヲ以テ之ヲ調査シ若シ其除斥ノ原因

アリトスルトキハ裁判所ニ於テ必ス其判事ヲ除斥セサルヘカラサルモノトス故ニ若シ法律ニ依ル除斥ノ場合ナルニ拘ラス其判事カ職務ヲ行ヒタルトキハ其判事ノ爲シタル行爲ハ全ク無効ニ屬スルモノニシテ其判事ノ干與シタル裁判ニ對シテハ民事訴訟法第四百三十六條ニ依リ上告ヲ爲スコトヲ得ルノミナラス同第四百六十八條ニ依リ取消ノ訴ヲ以テ再審ヲ求ムルコトヲ得ルモノナリ之ニ反シテ當事者ノ忌避ノ申請ニ因ル除斥ノ場合ニ於テハ其除斥ハ全ク當事者ノ申請ニ基因スルモノナルカ故ニ當事者ハ判事ヲ除斥スルノ權利ヲ拋棄スルコトヲ得ルモノナリ又其申立ヲ爲ス時期ニ付テハ法定ノ制限ニ從ハサルヘカラス而シテ若シ此一定ノ時期ニ於テ申立ヲ爲サハルトキハ當事者ハ判事ヲ除斥スルノ權利ヲ拋棄シタルモノト看做ス故ニ此場合ハ法律ニ依ル除斥ノ場合ト異ナリ裁判所ニ於テハ職權ヲ以テ判事ヲ除斥スルコト能ハサルモノナリ又上訴若クハ再審ノ訴ヲ爲スニ付テハ當事者ヨリ適當ノ時期ニ於テ忌避ノ申請ヲ爲シ而シテ裁判所力之ヲ正當ト認メタルニ拘ラス尙ホ其判事カ職務ヲ行ヒタル場合ナルコトヲ理由ト爲サハルヘカラサルナリ民事第四三七號第三

## 第四六八條第三號

法律ニ依ル除斥ノ場合ハ民事訴訟法第三十二條ニ於テ之ヲ列記セリ以下之ヲ細説セシ

(一) 判事若クハ其婦カ當事者ナルトキ又ハ當事者ノ一方若クハ雙方ト共同權利者共同義務者若クハ求償償還義務者タルノ關係ヲ有スルトキ當事者ノ一方若クハ雙方ト共同權利者共同義務者タルトキトハ同一原因ヨリシテ共同權利者又ハ共同義務者ノ地位ニ在ル者ヲ謂フ又單ニ財產權上ノ利害關係ヲ有スルノミニシテ法律上認メ得ヘキ求償義務ヲ有セザルトキハ此場合ニ適合セザルモノトス例ヘハ株式會社ニ關スル訴訟ニ付キ裁判ヲ爲スノ判事若クハ其婦カ會社ノ社員若クハ株主タルトキニ於テ其會社ノ勝敗ハ利害ノ關係ヲ有スルモ求償權利者ト謂フヲ得ザルカ如シ

(二) 當事者ノ一方若クハ雙方又ハ其配偶者ト親族ナルトキ但姻屬ニ付テハ婚姻ノ解消シタルトキモ亦同シ  
現今親族トハ民事訴訟法施行條例第九號ニ依リ刑法ノ親屬例ノ規定ニ依ルハ

キモノナリ

(三) 判事カ同一事件ニ付キ證人若クハ鑑定人ト爲リテ訊問ヲ受クルトキ又ハ訴訟代理人タルノ任ヲ受クルトキ若クハ受ケタルトキ又ハ法律上代理人ト爲ルノ權ヲ有スルトキ若クハ之ヲ有シタルトキ證人若クハ鑑定人ト爲リテ訊問ヲ受クルトキトアルヲ以テ現ニ訊問ヲ受クルトキヲ謂フ故ニ已ニ其事件ニ關シ第一審ニ於テ證人タリシ如キ場合ハ第二審ニ於テ其判事カ事件ニ干與スルモ除斥ノ理由ト爲ラザルモノトス

(四) 判事カ不服ノ申立アル裁判ヲ前審又ハ仲裁ニ於テ爲スニ當リ判事又ハ仲裁人トシテ干與シタルトキ但シ此場合ニ於テ判事ハ受命判事又ハ受託判事トシテハ職務ノ執行ヨリ除斥セザルコトナシ

同一事件ヲ上級審ニ於テ審理スルニ當リ其判事カ下級審ニ於ケル裁判ニ干與シタリシトキ又ハ仲裁判斷ヲ爲シ而シテ其後ニ判事ニ任モラント同一事件ニ付キ裁判ヲ爲ストキノ如シ但シ前審ニ於テ受命判事若クハ受託判事トシテ干與スルモ後審ニ於テ除斥セザルコトナシ又上訴審ニ於ケル手續ノ爲メ受命

判事又ハ受託判事トシテ職務ヲ行ストキモ亦此規定ヲ適用セザルモノトス右各場合ノ内第二號ノ場合ニ於テハ特ニ但書ヲ以テ婚姻ニ付テハ婚姻ノ解除シタル後ト雖モ法律上除斥ノ原因アルモノトシテ第一號ノ場合ニ於テハ此ノ如キ明文アルコトナシ故ニ第一號ノ場合ニ於テハ婚姻ノ解除シタル後ハ法律上除斥ノ原因ト爲テサルノ結果ヲ生ス然ラハ離婚シタル婦カ當事者ナルトキハ第一號規定ノ適用ニ依リ其夫タリシ判事ハ法律上除斥セラルハコトナシト謂ハサルヘカラス之ニ反シテ離婚シタル婦ノ父カ當事者ナルトキ其判事ハ第二號ノ規定ノ表面ニ依リ法律上除斥セラレサルヲ得ス是レ果シテ權衡其當ヲ得タルモノト謂フヲ得ヘキカ

又第三號ノ場合ニ於ケルモ證人若クハ鑑定人ト爲リテ訊問ヲ受クルトキハミテ規定シ前審ニ於テ已ニ訊問ヲ受ケ了リシトキヲ豫見セス此點ニ關シテ規定ヲ缺キタルハ是レ亦不權衡ト謂ハサルヲ得ス何トナレハ訴訟法上前審ニ於ケル證言ト雖モ後審ニ援用スルコトヲ得ルカ故ニ恰モ其判事カ後審ニ於テ證人ト爲リテ訊問ヲ受クルトキト前審ニ於テ爲シタル證言ヲ後審ニ於テ援用スル

トキハ判事ヲシテ其事件ノ裁判ニ干與セシメサル目的ノ上ニ於テ二者相異ナル所ナクレハナリ

又第四號ノ場合ニ於テハ但書ヲ以テ受命判事又ハ受託判事トシテハ職務ノ執行ヨリ除斥セラルハコトナシト規定スルモ第一號乃至第三號ノ場合ニ於テハ斯ル明文ナキヲ以テ受命判事若クハ受託判事トシテト雖モ又固ヨリ職務ノ執行ヨリ除斥セラルハコト勿論ナリトス

右第一號乃至第四號ノ場合ニ於テハ法律ノ效力ニ依リテ判事ハ當然其職務ヲ行フコト能ハサルモノナルカ故ニ其職務ヲ行ハサルノ義務ヲ有スルモノト謂フヘシ又此場合ニ於テ當事者ニ於テ忌避ノ申請ヲ爲シ得ルモノナルコト疑ヲ容レサル所ナリトス

判事カ法律ニ依リ職務ノ執行ヨリ除斥セラルハ場合ニ於テ當事者モ亦其判事ニ對シテ忌避ノ申請ヲ爲スコトヲ得ルハ前述ノ如シト雖モ尙ホ其外判事ニ偏頗ノ恐アルトキニ於テモ亦忌避ノ申請ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ當事者ノ申立ヲ竣チテ始メテ其職務ヲ行フヲ得サラシムル場合トハ即チ之ヲ謂フモノ

ナリ

判事ニ偏頗ノ恐アルコトヲ理由トシテ忌避ノ申請ヲ爲スニ付テハ左ノ規定ニ從フヲ要ス

(イ) 忌避ノ申請ハ各當事者ヨリ各判事ニ對シテ之ヲ爲スヨトヲ得ルモノトス故ニ裁判所又ハ裁判所ノ部例ヘハ民事第何部ト云フカ如キ一ノ團體ニ對シテハ忌避ノ申請ヲ爲スコトヲ得ス何トナレハ裁判所又ハ部ナルモノハ民法ニ所謂法人ニアラスシテ單ニ裁判上ノ假想ノ團體ニ過キサルヲ以テナリ故ニ若シ其裁判所ノ全部若クハ其部ヲ忌避セルトセハ其裁判所若クハ部ヲ構成スル各判事ニ對シ悉ク忌避ノ申請ヲ爲スノ方法ニ出テサルヘカヲサルナリ

(ロ) 忌避ノ原因ヲ覺知シテ之ヲ主張セス以テ其判事ノ面前ニ於テ申立ヲ爲シ若クハ相手方ノ申立ニ對シ陳述ヲ爲シタルトキハ其判事ヲ忌避スルコトヲ得ス然レトモ當事者ニ於テ其原因カ後ニ生シ若クハ之ヲ覺知シタルコトヲ理由トスル場合ニ於テハ申立ヲ爲シタル後ニ於テモ猶ホ忌避ノ申請ヲ爲

スコトヲ得ルモノナリ

(ハ) 忌避ノ申請ハ判事所屬ノ裁判所ニ之ヲ爲スヘキモノトス而シテ其方式ハ書面若クハ口頭ヲ以テ之ヲ爲スヲ得ルモノトス

(ニ) 忌避ノ原因タル偏頗ノ理由ハ之ヲ疏明セサルヘカラス而シテ其理由タルヤ單ニ判事ニ於テ不公平ナル裁判ヲ爲スコトヲ疑フニ足ルヘキ事情アルヲ以テ十分ナリトス其果シテ判事ノ不公平ヲ疑ハシムルニ足ルヘキ事情ナルヤ否ヤハ全ク裁判所ノ認定ニ依ルノ外ナキモノトス而シテ其疏明トハ裁判官ヲシテ其主張ヲ眞實ナリト認メシムヘキモノニシテ且ツ即時ニ爲スコトヲ得ル證據方法ヲ申出ツルヲ謂フモノトス(民訴第二二〇條參照)

又當事者カ判事ノ面前ニ於テ申立ヲ爲シタル後ニ至リ其判事ニ對シ忌避ノ申請ヲ爲ス場合ニ於テハ偏頗ノ理由ヲ疏明スルノ外尙ホ忌避ノ原因カ其後ニ生シ又ハ之ヲ其後ニ覺知シタルコトヲ併セテ疏明スヘキモノトス右忌避ノ原因ニ付テハ忌避セラレタル判事ハ職務上ノ述陳ヲ爲スヘキモノトス即チ其原因ノ正當ナルヤ否ヤニ付キ職務上陳述ヲ爲スヘキモノナリ而



シテ陳述ハ當事者ニ於テ之ヲ援用シテ疎明ノ方法ニ供スルコトヲ得ルモノトス但シ判事カ職務上ノ陳述ヲ爲スニ付テハ實際上審判ヲ以テ爲スヘキモノナルヤ否ヤ若シ又口頭ヲ以テ陳述スルコトヲ得ヘキモノトセハ其審判ハ何處ナルヤニ付キ疑ヲ生スルコトアルヘシト雖モ此場合ニ於テ陳述ハ敢テ當事者トシテ爲スモノニアラサルハ勿論法律上書面ヲ以テスヘシトノ規定アルニアラサルヲ以テ何レノ方法ヲ以テ何レノ場所ニ於テ之カ陳述ヲ爲スモ毫モ妨クナキモノトス

(五) 忌避ノ申請アリタルトキハ忌避セラレタル判事ハ猶豫スヘカラサル行爲ヲ除キ訴訟ニ關スル總テノ行爲ヲ避クルコトヲ要ス若シ然ラサルトキハ其行爲ハ無効ニ屬スルモノトス

(六) 忌避ノ申請ニ對シテ裁判ヲ爲ス裁判所ハ判事所屬ノ裁判所ナリトス然レトモ區裁判所ノ判事カ忌避セラレタルトキハ上級ノ地方裁判所之ヲ裁判ス又合議裁判所ノ判事カ忌避セラレタルトキハ忌避セラレタル判事ハ其裁判ニ干與スルコトヲ得サルモノナルカ故ニ若シ其忌避ニ因リテ裁判所ヲ構

成スルコト能ハサルニ至リタルトキハ直近上級裁判所ニ於テ右申請ニ付キ裁判ヲ爲スヘキモノナリ

區裁判所判事ニ對スル忌避ノ申請ニ付テハ常ニ上級ノ地方裁判所之カ裁判ヲ爲スヘキモノナルコト前述ノ如シト雖モ當事者ニ於テ區裁判所ノ判事ヲ忌避セント欲セハ先ク其忌避セントスル判事ニ對シテ申請ヲ爲サ、ルヘカラス而シテ忌避ノ申立ヲ受クタル判事ニ於テ其申請ヲ不當ト認ムルトキハ之ヲ地方裁判所ニ送付スヘキモノナリト雖モ若シ其申請ヲ正當ト爲シタルトキハ之ヲ地方裁判所ニ送付スルコトヲ要セス自ラ訴訟ニ關スル總テノ行爲ヲ避クヘキモノトス

(七) 忌避ノ申請ヲ正當ナリト宣告スル決定ニ對シテハ上訴ヲ爲スコトヲ許サスト雖モ之ヲ却下スル決定ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ルモノトス

忌避ノ申請ニ付テノ管轄裁判所ハ判事自ラ忌避ノ原因タル事情ニ付キ申出ヲ爲シタル場合ニ於テハ申請ナシト雖モ忌避ノ裁判ヲ爲スヘキモノトス此場合

ニ於テハ當事者ヲ審訊セシメテ之ヲ裁判スヘキモノナリ  
以上除斥及ヒ忌避ニ關スル規定ハ裁判所書記ニ之ヲ準用ス但シ其中申請ニ對シ  
裁判ヲ爲ス裁判所ハ即チ書記所屬ノ裁判所ナルコト勿論ナリトス民衆第四一  
條

執達吏ニ付テハ判事ニ對スルト同一ノ原因ニ依リ其職務ノ執行ヨリ除斥セラ  
ルハモノナリ執達吏規則第八條

## 第二章 當事者

### 第一節 當事者能力及ヒ訴訟能力

當事者能力トハ當事者タルノ能力ニシテ訴訟能力トハ訴訟行爲ヲ爲スノ能力  
ナリ隨テ當事者タルノ能力ト訴訟行爲ヲ爲スノ能力トハ各別異ノモノニシテ  
決シテ同一ノモノニアラサルナリ然レトモ當事者タルノ能力ヲ有スル者ニア  
ラサレハ訴訟能力ヲ有スルコト能ハサルハ勿論ナリト雖モ當事者タル能力ヲ  
有スル者ハ必スシモ訴訟能力ヲ有スルモノト謂フヲ得サルモノトス

當事者能力 當事者タル能力トハ私法上ノ權利義務ノ主體タルノ能力ヲ謂フ

モノナリ故ニ私法上ノ權利及ヒ義務ノ主體タルコトヲ得ル者ハ常ニ當事者タ  
ルノ能力ヲ有スルモノトス然ラハ其私法上ノ權利及ヒ義務ノ主體タルコトヲ  
得ヘキ者ハ如何ナル者ナルヤニ付テハ實體法ニ依リテ之ヲ定ムヘキモノニシ  
テ訴訟法ノ規定スル所ニアラサルナリ而シテ實體法ニ依レハ權利及ヒ義務ノ  
主體タルコトヲ得ヘキ者ハ自然人ト法人トノ二種ナリ然レトモ其自人中未  
成年者ノ如キハ實體法上無能力者ト爲スカ故ニ未成年者自ラ獨立シテ訴訟行  
爲ヲ爲スコトヲ得ス法人ニ於テモ亦同一ニシテ法人自ラ訴訟行爲ヲ爲スコト  
ヲ得サルモノトス然レトモ未成年者及ヒ法人ハ常ニ權利義務ノ主體タルコト  
ヲ妨クス故ニ此等ノ者ハ當事者タルノ能力ヲ有スルコト疑ヲ容レスト雖モ唯  
訴訟能力ヲ有セスト云フニ歸ス

前ニ一言シタル力如ク法人ノ如何ナルモノナルヤニ付テハ實體法ノ規定ニ依  
リテ定ムヘキモノナリト雖モ右實體法上認メラレタル法人ノ外尙ホ法律上社  
團財團若クハ會社ノ名義ヲ以テ訴ヲ爲シ若クハ訴ヲ受クルコトヲ得ルモノア  
リ是レ即チ民事訴訟法第十四條第二項及ヒ第三百三十八條ニ所謂其資格ニ於テ

訴へ又ハ訴ヘラル、コトヲ得ル會社其他ノ社團又ハ財團ナルモノナリトス此等ノ團體ハ實體法上權利義務ノ主體タルコトヲ得ル法人ト謂フコトヲ得サルモノナルヲ以テ訴訟法ニ於テ單ニ團體ノ資格ニ於テ訴ヘラレ又ハ訴アルコトヲ得ルノ規定アルノ一事ニ由リ直チニ其團體カ當事者タルノ能力ヲ有スルモノナリト結論スルコトヲ得サルヘシ蓋シ訴訟法上會社若クハ社團財團ヲシテ其團體ノ資格ニ於テ訴ヘ又ハ訴ヘラル、コトヲ得セシメタルハ訴訟手續上ノ便宜ニ出テタルモノニシテ社團若クハ財團ノ名義ハ單ニ社員若クハ財團ノ所有者ヲ代表スルニ過キササルモノニシテ其規定ノ目的タルヤ一方ニ於テハ管轄ヲ簡易ニシ一方ニ於テハ裁判ノ一途ニ出テコトヲ企圖シタルニ外ナラサルモノトス故ニ其社團若クハ財團ノ資格ニ於テ訴ヘ又ハ訴ヘラル、コトヲ得セシメタルハ訴訟當事者ノ集合體ヲ代表スルコトヲ得セシメタルニ過キササルモノト謂フヘシ

此點ニ付テハ獨乙ノ學者間ニ於テ種々ノ議論アリト雖モ「ヴァハ氏」ハ之ヲ稱シテ形式上ノ當事者能力ナリト説明セリ蓋シ「ヴァハ氏」ハ當事者能力ヲ二ニ區別

シ一ヲ實質上即チ實體法上所謂當事者タルノ能力詳言セハ私法上權利義務ノ主體タル能力ト爲シ他ノ一ハ即チ茲ニ所謂形式上ノ能力ニシテ實質上權利義務ノ主體タラサルモノニシテ而モ訴訟手續上ニ於テノミ當事者ノ資格ヲ有スルモノトセリ又「ブラント氏」ハ此點ニ付キ當事者能力ノ擴張ナリト稱セリ蓋シ「同氏」ハ當事者能力ヲ分テテ私法上ニ於ケル當事者タルノ能力ト訴訟法上ニ於ケル當事者タルノ能力トニ區別シ其私法上ノ當事者能力ト訴訟法上ノ訴訟能力トハ必スシモ常ニ同一ナルニアラスシテ訴訟法ニ於ケル當事者能力ハ私法上ノ當事者能力ニ比シ或ハ其範圍ヲ増減セラル、コトアルヘキモノトス而シテ會社若クハ社團財團ニシテ私法上最テ法人ト認メラレタルニ拘ラス其資格ニ於テ訴ヲ爲シ又ハ訴ヲ受タルコトヲ得ル所以ノモノハ即チ私法上ノ當事者タル能力ノ擴張ニシテ訴訟法ノ當事者能力ナリト云フニ在リ以テ參考ト爲スニ足ル

我邦現行ノ法令ニ依レハ私法上法人ト認メラレサルニ拘ラス尙キ會社社團若クハ財團ノ資格ニ於テ訴ヘ又ハ訴ヘラル、コトヲ得ルモノハ甚タ稀ナリ唯礦

產財團又ハ相續人ナキ遺產ノ如キハ其財團ニ於テ訴ヲ受ク若クハ訴ヲ爲スコトヲ得ルモノ、如シト雖モ其他會社若クハ社團ノ如キ今日ニ於テハ其資格ニ於テ訴ヘ又ハ訴ヘラル、コトナシ新民法ノ規定モ亦此種ノモノヲ認メタルモノアラス而モ新民法第三十三條ニ依レハ法律ノ規定ニ依ルニアラサレハ法人ハ成立セサル旨ヲ規定シ營利ヲ目的トセサル社團又ハ財團ハ法律ノ規定ニ從ヒ主務官廳ノ認可ヲ受クルトキハ法人ト爲ルヲ得又營利ヲ目的トスル社團又ハ財團ハ商法ニ於ケル會社ノ規定ニ從フトキハ亦法人タルコトヲ得ト規定セラルカ故ニ新民法ニ於テ法人ノ資格ヲ得ルハ甚タ容易ナリト謂ハサルヘカラス隨テ法人ニアラサル者ヲシテ尙ホ其資格ニ於テ訴ヲ爲シ又ハ受クシムヘキ者ヲ認ムルノ必要ナキヲ信ス故ニ將來ニ於テモ斯ル規定ヲ生スルコトハ甚タ疑ハシキ所ナリ

以上説明ノ如ク私法上ノ權利義務ノ主體タル能力ヲ有スル者ハ即チ當事者タルノ能力ヲ有スルモノナリ然レトモ訴訟法上當事者ト種スルハ總テノ私法上權利義務ノ主體タル者ヲ指示スルモノニアラスシテ單ニ爭ニ係ル私權ノ主體

タルモノヲ體フモノナリ

又訴訟ニ付テ當事者ノ有スル位地如何及ヒ裁判所ノ審級ノ差異ニ依リ訴訟法上各固有ノ名稱ヲ附セリ即チ裁判上攻擊ノ地位ニ立ツ者ヲ原告ト謂ヒ防禦ノ地位ニ在ル者ヲ被告ト稱ス又裁判所ノ審級ノ差異ニ依リ各當事者ノ名稱ヲ異ニセリ即チ第一審ノ判決ニ對シテ控訴スル者ヲ控訴人ト稱シ第二審ノ判決ニ對シテ上告スル者ヲ上告人ト謂フ而シテ反對ノ位置ニ立ツ者ハ控訴審ニ於テハ之ヲ被控訴人ト謂ヒ上告審ニ在リテハ之ヲ被上告人ト謂フ又訴訟上未タ爭ノ生セサル前ニ於テハ當事者ニ關シテ特ニ原告被告ト謂フカ如キ一定ノ名稱ヲ附スルコトナク單ニ債權者若クハ債務者ナル名稱ヲ以テ其當事者ヲ表示セリ此場合ニ於テハ其債權者又ハ債務者ト稱スル者ハ私法上所謂債權者債務者ナル者ヲ意味スルニアラスシテ訴訟法上當事者ヲ示スカ爲メ斯ル名稱ヲ用フルモノトス

當事者ヲ分類シテ二種ト爲スコトヲ得主タル當事者附隨ノ當事者はナリ主タル當事者トハ其當事者アリテ始メテ訴訟事件ノ成立スルモノニシテ其當事者

ナキトモハ訴訟ノ存立セザルモノヲ云謂テ原告及被告是ナリ之ニ反シテ陪  
 審ノ當事者トハ訴訟ノ結果ニ付テ間接ノ利害關係ヲ有スルノ故ヲ以テ主たる  
 當事者ノ一方ヲ補助スル爲メ其訴訟ニ参加スル者ヲ謂フ訴訟法ニ所謂從參加  
 人はナリ但シ參加ニ因リテ新ニ主たる當事者ヲ生スルコトアリ是レ即チ主參  
 加ノ場合ニシテ至ク別箇ノ訴訟ヲ生ス隨テ更ニ主たる當事者ヲ生スルモノト  
 謂フヘシ右參加ニ付テハ後ニ詳論スル所アルヘシ

訴訟能力 訴訟能力トハ訴訟行爲ヲ爲スノ能力ヲ云フ換言セハ自ラ訴訟行爲  
 ヲ爲スコトヲ得ルノ能力ヲ謂フ而シテ自ラ訴訟行爲ヲ爲スノ能力ヲ有スル者  
 ハ固ヨリ代理人ニ依リテ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得ルハ明白ナリ故ニ民事訴訟  
 法第四十三條ニ於テ「自ラ訴訟ヲ爲シ又ハ訴訟代理人ヲシテ之ヲ爲サシムル能  
 リテ訴訟ヲ爲ス能力ヲ區別シ以テ二箇ノ別異ナル能力ヲ認メタルカ如キト  
 雖モ自ラ訴訟ヲ爲スノ能力ヲ有スル者ハ代理人ヲシテ之ヲ爲サシムルノ能力  
 ヲモ有スルコト勿論ナルニ由リ此規定タルヤ自ラ訴訟ヲ爲ス能力ノ範圍ヲ明

カニシタルニ過サルモノト解釋スルヲ要當ナリトス

又訴訟法上所謂訴訟能力トハ單ニ訴訟當事者ノ訴訟能力ノミヲ云フニアラス  
 シテ一般ノ訴訟能力ナルモノヲ指稱シテ規定シタルモノナリ故ニ必スシモ自  
 ラ訴訟ヲ提起シ又ハ受クル場合ニ於テノミ必要トスル能力ニアラスシテ人ノ  
 爲メニ代理人トシテ訴訟ヲ爲ス場合ト雖モ仍ホ訴訟能力ヲ必要トスルモノア  
 ルナリ由是觀之民事訴訟法第四十三條ニ於テ「原告若クハ被告自ラ訴訟ヲ爲シ」  
 トハ單ニ訴訟ヲ爲シ又ハ訴訟ヲ受クル場合ニ於テ當事者トシテ訴訟ヲ爲スノ能力  
 ヲ規定シタルモノナリト解釋スルコトヲ得ヘク隨辭ノ其當ヲ得サル爲メ意義  
 稍狹キニ失スルモノト謂フヘシ

此ノ如ク訴訟能力ハ訴訟ヲ爲スノ能力ナルヲ以テ其能力タルヤ訴訟ノ目的物  
 ニ付テノ權利者タリ又ハ義務者タル能力トハ至ク別異ノモノニシテ訴訟目的  
 物ノ權利義務者タル能力ハ當事者能力ニ屬スルモノナリト雖モ訴訟能力ハ訴  
 訟行爲ニ關スルモノニシテ訴訟目的物ノ權利者若クハ義務者タルモ訴訟能力  
 ヲ有セザルモノアリ又訴訟能力ヲ有スルモ訴訟ノ目的物ノ權利者若クハ義務

者タルヲ得サルモノアリ。又、訴訟行為ノ能力トハ互ニ密接ノ關係ヲ有スルモノトス。故ニ實體法上法律行為ヲ爲シ得ルモノハ訴訟行為モ亦之ヲ爲スコトヲ得ヘキモノトス。然レトモ立法上ニ於テ此二者ヲ分離スルコト能ハサルモノニアラス。換言セハ法律行為ヲ爲スコトヲ得ルモノト雖モ訴訟行為ヲ爲ス能ハスト規定シ或ハ其反對ニ法律行為ヲ爲スト得サルモノナルモ猶ホ訴訟行為ヲ爲スコトヲ得ト規定スルカ如ク此二者ヲ區別スルコト能ハサルニアラス。民事訴訟法上訴訟能力者トハ如何ナルモノナルヤヲ定ムルコトナク此點ニ付テハ全ク民法ノ規定ニ從フヘキモノトセリ(民事訴訟法第四三條)。

(二)未成年者

成年ノ時期ハ何年ナルヤニ付テハ各國ノ法規上同一ナラス。我邦ニ在リテハ滿二十年ヲ以テ成年トス(民法第三條)。ト規定シアルヲ以テ二十年ニ達セサル者ハ即チ未成年者ナリ。而シテ未成年者ハ獨立シテ訴訟行為ヲ爲スコトヲ得サルモノトス(民法第四條)。

(一)禁治產者

心神喪失ノ常況ニ在ル者ハ禁治產ノ宣告ヲ爲スコトヲ得(民法第七條)。禁治產者ハ法定代理人即チ後見人ニ依ルニアラサレハ訴訟行為ヲ爲スコトヲ得ス(民法第八條、第九條)。

(三)準禁治產者

準禁治產者カ訴訟行為ヲ爲スニハ保佐人ノ同意ヲ得ルヲコトヲ要スルモノトス(民法第一二條第一項第四號)。

(四)有夫ノ婦

妻ハ各國ノ法制上概チ無能力者ナリ。我民法モ亦其第十四條第一項第一號ニ於テ無能力者トシテ規定シ夫ノ許可ヲ受クルトキニ限り訴訟行為ヲ爲スコトヲ得ルモノトセリ。

(五)法人

法人モ亦訴訟無能力者ナルコト勿論ナリ。故ニ法人ニシテ訴訟行為ヲ爲サント欲セハ法定代理人ニ依リテ之ヲ爲スノ外途アルコトナシ。

以上ハ訴訟無能力者ノ大要ナリ然ルニ民事訴訟法ハ訴訟能力ノ點ニ關シテ一ノ例外ヲ設クタリ即チ其第四十四條ニ依レハ外國人ハ自國ノ法律ニ從ヒ訴訟能力ヲ有セサルモ本邦ノ法律ニ從ヒ訴訟能力ヲ有スルモノナルトキハ之ヲ有スルモノト看做スト規定セリ蓋シ訴訟能力ノ點ニ付テハ訴訟法ニ於テ之ヲ規定セシテ實體法ノ規定ニ依ルヘキモノト爲シタルカ故ニ其結果トシテ外國人ノ訴訟能力ハ其外國ニ於テ行ハルハ所ノ實體法ノ規定ニ依ラサルヘカラサルナリ然レトモ訴訟法ハ當事者ノ便宜ヲ慮リ外國人ニシテ其外國ノ法律ニ依ルトキハ訴訟能力ヲ有セサルモ我邦ノ法律上訴訟能力ヲ有スル者ナルトキハ其外國人ハ訴訟能力ヲ有スル者ト認メラルハ利益ヲ受タヘキモノト爲シ人ノ能力ハ本國法ニ依ルトノ原則ニ例外ヲ設クタルモノナリ要スルニ我邦ニ於テ訴訟ヲ爲ス場合ニ於タル外國人ノ訴訟能力ニ付テハ本邦ニ行ハルハ實體法ニ依リテ定ムルコトヲ得ルモノト爲シタルナリ而シテ外國人タルト否トハ全ク國民分限ニ因ルヘキモノニシテ其住所ノ何レナルヤノ如キハ毫モ關係スルコトナキモノトス故ニ外國人カ本邦ノ領土外ニ住所ヲ有スルト否トニ關

係セス當然前掲第四十四條ニ規定セル利益ヲ受タルコトヲ得ルモノトス但シ外國法人ハ此中ニ包含セサルコト勿論ナリ以上ノ說明ヲ以テ訴訟能力者ト訴訟無能力者トヲ區別セリ而シテ無能力者ノ爲シタル行爲ハ皆ニ無効ナルノミナラス能力者ヨリ無能力者ニ對シテ爲シタル行爲モ亦無効ニ屬スルモノトス然レトモ其無効ハ絕對無効ニアラスシテ所謂取消シ得ヘキ行爲タルニ過キス故ニ無能力者ノ爲シタル行爲ト雖モ法定代理人ニ於テ之ヲ追認スルカ又ハ無能力者カ能力者ト爲リタル後ニ於テ自ラ取消シ得ヘキ行爲ヲ追認シタルトキハ直チニ有效ト爲ルモノナリ此ノ如ク無能力者ノ爲シタル行爲並ニ之ニ對シテ能力者ノ爲シタル行爲ハ取消シ得ヘキモノナルノ故ヲ以テ訴訟法上裁判所ヲシテ能力ノ點ニ關シ職權上之カ調査ノ義務アルモノト定メラレタリ故ニ裁判所ハ訴訟ノ本案ニ付キ審理ヲ始ムルノ前ト後トヲ問ハス及其審級ノ如何ヲ論セス當ニ訴訟能力法定代理人ノ資格及ヒ訴訟ヲ爲スニ付テノ特別授權ノ有無ハ職權ヲ以テ其調査ヲ爲サハルヘカラサルモノトス隨テ訴訟當事者ニ於テモ亦此等ノ事項ノ欠缺ヲ以テ

抗辯スルコトヲ得ルモノナリ(民訴第二〇六條第一項第四號參照)  
此ノ如ク裁判所ハ職權ヲ以テ訴訟能力法定代理人ノ資格並ニ特別授權ノ欠缺ナキヤ否ヤヲ調査セサルヘカラサルニ由リ當事者ハ其欠缺ニ付テノ抗辯ヲ有効ニ拋棄スルコトヲ得ス隨テ當事者間ニ於テ其欠缺ナキコトヲ認メタルトキト雖モ裁判所ハ其實ニ彌東セラハルハモノニアラサルナリ  
裁判所カ職權ヲ以テ調査シタル結果此等ノ點ニ欠缺アリト認ムルトキハ何人ニ對シテ如何ナル裁判ヲ爲スヘキヤニ付テハ場合ヲ分チテ説明スルコトヲ要ス

(イ) 訴訟ノ提起カ適法ナルトキ

訴訟提起カ適法ナルトキハ訴訟能力者法定代理ノ資格ヲ有スル者又ハ特別授權ヲ有スル者カ第九十條ノ要件ヲ具ヘタル訴狀ヲ裁判所ニ提起シタルトキヲ謂フ蓋シ獨逸民事訴訟法ノ規定ニ依レハ適法ナル起訴タルニハ單ニ裁判所ニ訴狀ヲ提出スルノミニテハ未タ以テ足レリトセシテ其訴狀ヲ訴訟能力者ニ適法ニ送達シタルトキニ於テ始メテ訴ノ提起アリトセリ之ニ反シテ我民事

訴訟法ニ於テハ訴狀ヲ裁判所ニ提出スルヲ以テ足レリトシ敢テ適法ニ訴狀ノ送達ヲ爲スコトヲ必要トセス而シテ適法ノ起訴アリタル場合ニ於テ當事者ノ一方ノ爲メ訴訟無能力ナル代理人法定代理權ヲ有セル者又ハ訴訟ヲ爲スニ必要ナル特別授權ヲ有セサル者若クハ無能力ナル當事者本人出頭シタルトキハ第四十五條第二項第二百五十二條及ヒ第二百五十四條ノ場合ヲ除キ出頭シタル相手方ノ申立ニ因リ關席判決ヲ爲スヘキモノトス

(ロ) 訴訟無能力者法定代理ノ資格ナキ者又ハ特別授權ヲ有セサル者ヨリ訴ヲ起シタルトキ

此場合ニ於テハ當事者雙方カ出頭スルト又其一方ノミカ出頭スルト又出頭シタル者カ訴訟能力ヲ有スルト否トニ拘ラス其訴ハ不適法トシテ却下スヘキモノニシテ決シテ關席判決ヲ爲スヘキモノニアラス而シテ其不適法トシテ却下スル裁判ハ判決ヲ以テスヘキヤ否ヤニ付キ議論ノ存スル所ナリト雖モ此場合ニ於テ判決ヲ以テスヘキモノタルコト疑ヲ容レズ又其裁判ハ何人ニ對シテ之ヲ爲スヘキヤ即チ代理人ニ對シテ爲スヘキヤ又ハ本人ニ對シテ爲スヘキヤニ



付テモ議論ノ存スル所ナリ是レ主トシテ訴訟費用負擔ノ點ニ付テ實用アルモノニシテ此場合ハ本人ニ過失ナクシテ代理人ニ因リテ生シタル過失ナルニ由リ其過失ニ基キ生シタル費用ヲ本人ニ負擔シムヘキニアサルヲ以テ此場合ハ代理人ノ過失ニ基キ生シタル訴訟費用ヲシテ過失ナキ本人ニ負擔セシムルノ理ナキニ由リ此判決タルヤ代理人ニ對シテ之ヲ爲スヘキモノナリト主張スル者ナキニアラス然レトモ已ニ判決ヲ以テ之ヲ却下スルモノナル以上ハ當事者本人ニ對シテ言渡スヘキモノタルコト明白ナリ斯ク論スルトキハ唯費用ノ點ニ付キ不條理ナルカ如キ感アリト雖モ其過失ニシテ全ク本人ニ存セサル場合ニ於テハ判決ニ因リテ本人ノ負擔シタル費用ニ付テハ民法ノ規定ニ從ヒ本人ヨリ更ニ代理人ニ對シテ償還請求權ヲ行使スルコトヲ得ヘク結局其訴訟費用ノ負擔タルヤ終ニ過失アル代理人ニ歸スヘキコト、爲ルヲ以テ必スシモ不當ノ結果ヲ生スト謂フコトヲ得サルヘシ

民事訴訟法第四十六條ニ曰ク訴訟無能力者又ハ相續人ノ未定ノ遺產又ハ不明ナル相續人ニ對シ訴ヲ起ス可キ場合ニ於テ法律上代理人アラサルトキハ其

事件ノ繫屬ス可キ裁判所ノ裁判長ハ申立ニ因リ遲滯ノ爲ニ危害ノ恐アル場合ニ限リ特別代理人ヲ任ス可シ又其第四十七條ニ曰ク第十五條ニ掲ケタル場合ニ於テ訴訟無能力者カ其現在地又ハ兵營地若クハ軍艦定繫所ノ裁判所ニ訴ヲ受テ可キ場合ニ於テ其法律上代理人他ノ地ニ住スルトキハ遲滯ノ爲ニ危害ナシト雖モ前條ノ規定ニ從ヒ特別代理人ヲ任スルコトヲ得ト此二箇條ノ規定ニ依レハ特別代理人ヲ任定スル場合ニアリ

(イ)訴訟無能力者相續人ノ未定ノ遺產又ハ不明ナル相續人ニ對シ訴ヲ起スヘキ場合

無能力者トハ上來已ニ説明シタル所ノ如シ又相續人ノ未定ノ遺產トハ未タ遺產ヲ相續スルモノ、確定セサルヲ謂ヒ不明ナル相續人トハ相續人カ存在スルコト疑ナシト雖モ其誰タルヤ知ル能ハサル場合ヲ謂フ  
此等ノ場合ニ於テ特別代理人ノ選任ヲ求ムルニ付テハ法定代理人ナキコト及ヒ遲滯ノ爲メ危害ノ恐アルコトノ二條件ヲ具備セサルヘカラス蓋シ無能力者又ハ相續人ナキ遺產ニ付キ法定代理人ヲ設ケサルヘカラサルハ實體法ノ

設定スル所ナリ故ニ法律上代理人ノ設定アル場合ニ於テハ此選任ヲ求ムルコトヲ得ス唯其設定ナキトキニ限り特別代理人ヲ任命スヘキモノトス然レトモ不分明ナル相續人ニ付キ法律上ノ代理人ヲ設定セサルヘカラサルカ如キハ舊民法ニ於テ其規定ナク且ツ將來ニ於テモ亦此ノ如キ規定ノ生スルヤ否ヤハ疑ノ存スル所トス故ニ今日ニ在リテハ不分明ナル相續人ニ對シテ訴訟起ス場合ニ於テ特別代理人ノ設定ヲ求ムルニ付キ法定代理人ナキコトヲ條件トセラルハ無用ノ條件ト謂フヲ得ヘシ

(ロ)第十五條ノ場合ニ於テ訴訟無能力者カ其現在地又ハ兵營地若クハ軍艦定繫所ノ裁判所ニ於テ訴訟ヲ受クヘキトキ

此場合ニ於テ無能力者ノ法定代理人アルモ無能力者ノ訴訟ヲ受クヘキ地ニ其法定代理人カ住セサルトキハ特別代理人ノ選任ヲ求ムルコトヲ得ルモノトス而シテ此場合ニ於テハ前ノ場合ニ於ケルカ如ク遲滞ノ爲メ危害ノ恐アルコトヲ條件トセサルモノナリ故ニ裁判所モ亦必ス特別代理人ヲ選任セサルヘカラサルノ義務アルモノニアラス之ニ反シテ(イ)ノ場合ニ於テ特別代理人

ノ選任ヲ求ムルニ付テノ必要ナル條件ヲ具備スルトキハ裁判所ハ之ヲ選任スルノ義務ヲ有スルモノトス  
右何レノ場合ニ於テモ特別代理人ノ選任ヲ求ムルコトヲ得ルハ訴訟提起ノ前ナルヲ要ス故ニ訴訟ノ提起後ニ生スル中斷ノ場合ニ付テハ此等ノ規定ヲ適用スルノ限ニ在ラス

特別代理人設定ノ申請ハ書面又ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲スヲ得ヘシ而シテ其申請ハ事件ノ繁屬スヘキ第一審裁判所ノ裁判所長ニ宛テ之ヲ爲スヘキモノトス  
裁判所長カ右申請ヲ認許シタルトキハ其設定ノ命令ハ申請人及ヒ選任セラレタル特別代理人ニ送達スヘキモノナリト雖モ之ヲ却下シタルトキハ單ニ申請人ニノミ送達スルヲ以テ足レリトス又此裁判ハ口頭辯論ヲ經スシテ之ヲ爲スコトヲ得而シテ申請ヲ却下スル裁判ニ對シテハ抗告ヲ爲スコトヲ得但シ第四十七條ノ場合ニ於テハ元來裁判所ニ於テ必ス選任セサルヘカラサルノ義務アル者ニアラサルヲ以テ縱令其申請ヲ却下スルモ之ニ對シテ抗告スルコトヲ得サルモノトス

特別代理人ノ義務ハ訴訟ニ付キ無能力者遺産若クハ不分明ナル相續人ヲ代表スルニ止マルモノナリ故ニ實體法上所謂法定代理人ノ職務ヲ有スルモノニアラス又特別代理人ノ義務ハ單ニ法定代理人ノ選定又ハ相續人ノ現出マテニ止マルモノニアラスシテ法定代理人又ハ相續人カ其訴訟手續ヲ承繼スルマテ其職務ヲ盡サハルヘカラサルモノナリ

右第四十六條及ヒ第四十七條ノ規定即チ特別代理人ノ選任ヲ求ムルコトヲ得ル旨ノ規定ハ我民事訴訟法上必ス其要アリト謂フヲ得サルノミナラス却テ第百九十條ノ規定ヲ解釋スルニ苦マシムルモノナリ何トナレハ我訴訟法ニ於テハ訴訟ノ提起ハ訴訟ヲ裁判所ニ提出シテ之ヲ爲スモノニシテ敢テ訴訟ヲ相手方ニ送達スルノ必要アルヲ見ス又訴訟ニハ當事者ノ表示ヲ必要條件ト爲スト雖モ敢テ其法律上代理人ヲ表示スルノ必要ナキモノ、如シ此ノ如ク訴訟ノ提起ニ付キ訴訟ヲ相手方ニ送達スルノ必要ナク亦訴訟ニ法定代理人ノ表示ヲ要スルノ規定ナキヲ以テ訴訟ヲ提起スル前ニ於テ毫モ法定代理人ノ何人タルヤヲ知ルノ必要ナシ換言セハ我訴訟法上ニ於テ無能力者ニ對シテモ有效ニ起訴スルコト

トヲ得ヘキヲ以テ訴訟ヲ起スニ付キ必ス特別代理人ヲ選任スルノ必要アルモノニアラサルナリ然ルニ右兩條ノ規定アルヲ見レハ訴訟ノ提起ヲ爲スニ當リ相手方ノ法律上代理人ヲ知ルノ必要アルモノ、如ク隨テ民事訴訟法第百九十條第一號ニ於テ當事者ト規定シアルハ或ハ法律上代理人ヲモ包含スルモノニアラサルナキヤヲ疑ハシム然レトモ民事訴訟法第百九十條ニ所謂當事者中ニハ法定代理人ヲ包含スルモノニアラサルコトハ同法第二百二十二條第四號等ニ於テ當事者ト法律上代理人トヲ區別シテ記載シアルヲ以テ知ルヘキナリ要スルニ民事訴訟法第四十六條及ヒ第四十七條ノ規定ハ起訴ニ付キ毫モ必要アルモノニアラサルナリ

## 第二節 從參加

參加トハ他人ノ間ニ權利拘束ト爲リタル訴訟ニ第三者ノ參與スルヲ謂フモノナリ而シテ參加ハ當事者ノ一方ノ勝訴ニ依リ第三者カ自己ノ權利上ニ間接ノ利害關係ヲ有スルヨリシテ其一方ヲ補助スルヲ以テ目的トスルモノナリ故ニ訴訟ニ參加シタル第三者ハ他人間ニ繫屬セル訴訟ヲ當事者一方ヲ補助スルモ

ノタルニ過キスシテ主タル當事者ノ位地ニ立ツモノニアラス此理由ヲ以テ法律上之ヲ從參加人ト稱ス

從參加人トシテ訴訟ニ參與セシニハ當事者ノ一方ノ勝訴ノ結果ハ從參加人ノ有スル一定ノ法律關係上ニ有益若クハ有害ナル影響ヲ及ホスヘキ場合ナルコトヲ要ス換言セハ從參加人ハ當事者一方ノ勝訴ニ因リ法律上ノ利害關係ヲ有セサルヘカラサルナリ故ニ從參加人ニシテ事實上自己ノ有セル權利上ニ有害ノ結果ヲ來スノ恐アルカ或ハ利益ナル影響ヲ受クルノ希望アルニ過キサレカ如キハ未タ以テ參加ヲ爲スニ必要ナル條件ヲ具フルモノト云フヲ得ス例ヘハ從參加人タラントスル第三者カ當事者ノ一方ニ對シテ債權ヲ有スルトキニ當リ其當事者カ敗訴スルトキハ共同擔保タル財産ヲ減損シ第三者タル債權者ハ其債權ノ完済ヲ受クル能ハサルニ至ルノ恐ナシトモ然レトモ此ノ如キ場合ノ如キハ所謂法律上ノ利害關係アリト謂フヲ得スシテ單ニ不利益ナル影響ヲ被ムルノ恐アリト云フニ過キス之ニ反シテ從參加人カ當事者ノ一方ニ對シテ債權ノ義務ヲ有スルトキ例ヘハ債權讓渡ノ場合ニ於テ從參加人ヨリ債權ヲ讓

受ケタル者カ一方ノ當事者ト爲リ以テ其債務者ニ對シテ讓受債權ヲ主張スルトキノ如キハ若シ其讓受人カ敗訴セシカ讓渡人タル從參加人ハ之ニ對シテ償還ノ義務ヲ盡サハルヘカラサルナリ又當事者一方ノ勝訴ニ因リテ從參加人カ之ニ對シテ權利ノ實行ヲ求め得ルトキ例ヘハ當事者ノ一方カ從參加人ニ對シテ其訴訟ノ勝利ヲ條件トシ一定ノ物件ヲ贈與スヘシト約シタルトキノ如シ但シ前例債權讓渡ノ場合ニ於テハ必ス償還義務アルモノニアラスト雖モ其債權カ和ヨリ不成立ノモノナルトキノ如キハ讓渡人タル從參加人ニ於テ讓受人ニ對シ其償還ヲ爲スノ義務ヲ免レサルナリ又後ノ場合ニ於テ贈與者タル當事者ノ一方カ敗訴スルトキハ從參加人タラントスル者ヨリ贈與ノ履行ヲ求めルヲ得サルニ反シ勝訴ト爲ルトキハ之ヲ受クルヲ得ヘキ要スルニ此等ノ場合ハ何レモ法律上ノ利害關係ヲ有スルモノニシテ單ニ危懼若クハ希望ニ止マルモノニアラサルナリ

法律上ノ利害關係ヲ有スル者カ從參加人タラントスルニハ參加ノ申請書ヲ本訴訟ノ繫屬セル裁判所ニ提出スヘキモノトス而シテ其申請ニハ左ノ事項ヲ記

裁スヘシ

- (一) 當事者及ヒ其訴訟
- (二) 當事者ノ一方ノ勝訴ニ因リ生スル權利上ノ一定ノ利害關係
- (三) 附隨セツトスル陳述

右ノ事項ヲ具備シタル申請ハ之ヲ當事者ニ送達スヘキモノトス而シテ當事者  
カ之ニ對シテ異議ヲ述フルトキハ裁判所ハ當事者及ヒ從參加人ヲ審訊シタル  
後之カ許否ヲ裁判スヘキモノナリ但シ當事者カ參加ニ付キ異議ナキトキハ之  
カ許否ニ付キ決定ヲ爲スノ必要ナレ然レトモ當事者カ利害關係ノ存在ヲ認メ  
サルカ如キ場合ハ之カ有無ヲ調査シテ許否ヲ決スヘキナリ此場合ハ必スシモ  
參加人ニ於テ其利害關係ヲ證明スルノ責任アルモノニアラスシテ單ニ之ヲ疏  
明スルヲ以テ足レリトス換言セハ疏明ニ因リテ裁判所ハ參加ヲ許サルヘカ  
ラサルナリ

參加ノ許否ニ付テノ決定ニ對シテハ本訴訟ノ當事者ヨリ即時抗告ヲ爲スコト  
ヲ得ルモノトス又參加ヲ許サル決定ニ對シテハ從參加人ト雖モ亦即時抗告

ヲ爲スコトヲ得ヘシ然レトモ其即時抗告ノアリタル爲メ本訴訟ノ續行ヲ中止  
スヘキモノニアラス故ニ參加ヲ許サルノ決定未タ確定セザルトキト雖モ裁  
判所ハ從參加人ヲ本訴訟ニ立會ハシメ總テノ期日ニ呼出ヲ爲シ及ヒ其訴訟ニ  
關スル裁判ハ總テ參加人ニ送達セサルヘカラサルナリ

此ノ如ク第三者カ訴訟ニ參加スルコトヲ得ル場合ハ當事者ノ一方ヨリ第三者  
ニ對シテ其訴訟ノ告知ヲ爲スコトヲ得ルモノトス

訴訟告知ハ第三者ヲシテ其訴訟ニ參加セシムルヲ以テ目的ト爲スモノナリ故  
ニ第三者カ其告知ニ因リテ訴訟ニ參加スルトキハ其參加タルヤ前述シタル從  
參加人ト雖モ異ナル所ナキモノトス隨テ一般從參加ノ規定ニ依ルヘキナリ唯  
其兩者ノ訴訟ノ異ナル所ハ發動ノ點ニ存スルノミ即チ前者ハ自動的ニ出テ進  
ミテ他人ノ訴訟ニ參加スルモノナルモ後者ハ他動的ニ於テ他人ノ告知ニ因リ  
始メテ之ニ參與スルモノナリ故ニ之ヲ告知參加ト謂フ然レトモ告知ヲ受クタ  
ル第三者ハ必ス其訴訟ニ參加セサルヘカラサルノ義務アルニアラス故ニ其參  
加ヲ爲スト否トハ全ク第三者ノ隨意ナリトス

右何レノ場合ニ於テモ參加ハ權利拘束ノ繼續中之ヲ爲スコトヲ得故ニ第一審ニ參加セズ第二審ニ至リ始メテ參加スルコトヲ得ルハ勿論ナリ  
從參加人ノ權利ハ當事者ノ一方ヲ補助スルニ在リ故ニ當事者ヲ補助スルノ目的ニ反スル行爲ハ參加人ニ於テ爲スコトヲ得サルモノトス例ヘハ其附隨スル時程度以前ニ於テ當事者ノ爲シタル訴訟行爲ハ從參加人ニ於テ之ヲ取消スコトヲ得サルノミナラス從參加ヲ爲ストキニ於ケル程度ニ於テ行フコトヲ得サル訴訟行爲モ亦爲スコト得ス例ヘハ我民事訴訟法ノ規定ニ依レハ偏頗ノ恐アリトシテ判事ヲ忌避セツトスルニハ當事者カ其判事ノ面前ニ於テ未ダ申立ヲ爲サハルトキ若シハ相手方ノ申立ニ對シ陳述ヲ爲ス前ナルヲ要スルモノニシテ已ニ申立ヲ爲シ又ハ相手方ノ申立ニ對シ陳述ヲ爲シタル後ニ至リテ判事ヲ忌避セツトスルニハ忌避ノ原因其後ニ生シ又ハ之ヲ後ニ覺知シタルコトヲ疏明スヘキモノナリ(民事訴訟法第三四條第二項第三五條第二項故ニ忌避ノ原因其後ニ生シ又ハ其後ニ之ヲ覺知シタルトキノ外當事者カ判事ノ面前ニ於テ已ニ陳述ヲ爲スカ又ハ相手方ノ申立ニ對シテ陳述ヲ爲シタル後ニ於テ第三者カ始メテ

從參加人ト爲ルモ從參加人ハ其判事ニ對シ偏頗ノ恐アリトシテ之ヲ忌避スルコトヲ得サルモノトス何トナレハ從參加人トシテ本訴訟ニ附隨セルトキノ程度ハ最早此等ノ行爲ヲ許サハレハナリ  
然レトモ此ノ如キ種類ノ行爲ヲ除キ從參加人ハ當事者ノ一方ノ爲メニ總テノ攻撃防禦ノ方法ヲ使用シ其他一切ノ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得ルモノトス故ニ從參加人ハ主タル當事者ノ爲メ關廂判決ニ對シ故陳ヲ申立テ若シハ支拂命令ニ對シテ異議ヲ申立ツルコトヲ得ルノミナラス本案ノ判決ニ對シテ上訴スルコトヲ得ルモノナリ但シ當事者本人ニ於テ反對ノ意思ヲ表示セタルトキハ固ヨリ從參加人ニ於テ右等ノ行爲ヲ爲スコトヲ得ス唯當事者ノ斯ル意思表示ナキトキニ限り從參加人ハ當事者ノ名ヲ以テ上訴スルコトヲ得ルモノナリ故ニ第一審ニ於テ參加ヲ爲サシテ其裁判ニ對シ故陳又ハ上訴ヲ爲シ若シハ支拂命令ニ對シ異議ヲ申立ツルト同時ニ始メテ參加スルコトヲ得ルモノトス(民事訴訟法第五六條第四項)

從參加人ト附隨セラレタル當事者トノ間ニ於テ從參加ニ因リ實體法上ノ效果

ヲ生スルコトアリ即チ從參加人ハ主タル原告若クハ被告トノ關係ニ於テ不十分ニ訴訟ヲ爲シタリト謂フヲ得サルニ至ルモノトス然レトモ參加シタルトキノ訴訟ノ程度ニ依リ又ハ主タル當事者ノ異議ニ因リ從參加人カ攻擊防禦ノ方法ノ使用スルコト能ハサリシ場合又ハ從參加人カ知ラサリテ攻擊防禦ノ方法ヲ主タル當事者ノ一方ニ於テ故意若クハ重過失ニ因リ使用セサリシ場合ハ從參加人ニ於テ主タル當事者ノ一方ニ對シ其當事者ハ不完全ニ訴訟セリトノ抗辯權ヲ有スルモノトス隨テ他ノ訴訟ニ於テ其裁判ノ效果ヲ免ル、コトヲ得ルモノナリ

此ノ如キ實體法上ノ效果ハ第三者カ從參加人トシテ當事者ニ附隨シ其一方ヲ補助スルニ因リ生スルモノナルヲ以テ訴訟參加ノ告知ヲ受ケタル第三者カ其告知ニ因リ訴訟ニ參與シタル以上ハ最早抗辯權ヲ失フモノナリト雖モ元來告知ヲ受ケタル第三者カ參加スルト否トハ全ク自己ノ隨意ナルニ由リ其告知アリタルニ拘ラス之ニ參加セサル場合ニ於テハ何等ノ效果ヲ生スルモノニアラサルコト勿論ナリトス

### 第三節 主參加

民事訴訟法第五十一條ノ規定ニ依レハ他人ノ間ニ權利拘束ト爲リタル訴訟ノ目的物ノ全部又ハ一部ヲ自己ノ爲メニ請求スル第三者ハ本訴訟ノ權利拘束ノ終ニ至ルマテ當事者雙方ニ對シ其訴訟力第一審ニ於テ繫屬シタル裁判所ニ起訴セテ其請求ヲ主張スルコトヲ得ト是ニ由リテ觀ルトキハ主參加トハ他人ノ間ニ權利拘束ト爲リタル訴訟ノ目的物ヲ自己ノ爲メニ當事者雙方ニ對シテ請求スルヲ謂フモノナリ

是ヲ以テ主參加ノ訴ヲ起スニハ左ニ記載スル三條件ヲ具備セサルヘカラス若シ其一ヲ缺クトキハ其訴ハ不適法ノモノトス

第一 主參加ヲ爲ス以前ニ於テ主參加人以外ノ當事者間ニ適法ニ訴訟關係ノ存在スルコト

適法ニ訴訟關係ノ存在スルコトヲ要スルカ故ニ單ニ訴訟ノ提起アリタルノミヲ以テ足レリトセス必スヤ其訴ノ提起アリタル爲メ裁判所ハ本案事件ニ付キ審理ヲ爲シ之ヲ裁判スルノ義務アルニ至リタル場合ナラサルヘカラス

若シ夫レ起訴ノ要件ヲ缺クトキノ如キハ裁判所ハ本案ニ付キ審理スルノ義務アルニアラス不適法トシテ之ヲ却下スヘキモノナリ故ニ裁判所カ不適法トシテ訴ヲ却下スルカ如キ場合ニ於テハ所謂適法ニ訴訟關係ノ存在スルモノニアラサルヲ以テ主參加ノ訴モ亦之ヲ却下スヘキモノトス裁判所カ訴ニ付キ管轄違ノ言渡ヲ爲シタルトモ亦同一ナリ但シ此等ノ場合ニ於テ第三者ハ主參加ノ訴ヲ爲サス普通ノ訴トシテ第三者間ニ權利拘束ト爲リタル訴訟ノ目的物ヲ請求スルヲ得ヘシ然レトモ主參加ノ訴タルヤ必ス本訴訟ト同種類ノモノタルヲ要セサルナリ故ニ證書訴訟若クハ爲替訴訟トシテ起リタル訴ニ對シテモ亦主參加ノ訴ヲ提起スルヲ得ヘシ之ニ反シ督促手續ニ對シテハ同一ニ論スルヲ得ス即チ督促手續トハ一箇ノ簡易手續ニシテ單ニ支拂命令ヲ發シタルノミヲ以テ直チニ訴訟ノ存在スルモノト謂フヲ得サレハナリ然レトモ元來其事件カ區裁判所ノ管轄ニ屬スヘキ場合ニシテ且ツ債務者カ支拂命令ニ對シテ適法ナル時期ニ異議ノ申立ヲ爲シタルトキハ其訴訟タルヤ支拂命令ヲ發シタルトキヨ

ヲ區裁判所ニ屬スルモノト看做ス(民訴第三九〇條)ヘキヲ以テ之ニ對シテ主參加ノ訴ヲ爲スコトヲ得ヘシ又支拂命令ニ付シタル執行命令ニ對シ民事訴訟法第三百九十四條ノ規定ニ從ヒ異議ノ申立ヲ爲シタル場合ニ於テ執行命令ハ國府判決ト同一ナルカ故ニ此命令ニ對シテモ亦主參加ノ訴ヲ爲スコトヲ得然レトモ假差押假處分ニ付テハ主參加ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ス何トナレハ此等ノモノニ付テノ裁判ハ當事者ノ實體上ノ權利ニ付キ爲スモノニアラスシテ單ニ訴訟手續上ノ權利ニ基キ裁判ヲ與フルニ過キサレハナリ

第二 他人間ニ權利拘束ト爲リタル權利ニ對スルコト

茲ニ所謂權利トハ廣義ニ用ヒタルモノナリ即チ訴訟ノ目的物ヲ分析スレハ權利ノ承認又ハ權利ノ成立若クハ不成立ノ確認ヲ求ムルモノニ外ナラス故ニ單ニ法律關係ノ成立又ハ不成立ノミノ確認ヲ求メ當事者ノ一方ヨリ他ノ一方ニ對シ敢テ一定ノ權利ヲ主張セサルモノナルトキハ之ニ對シテ主參加ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ス例ヘハ婚姻又ハ親屬關係ノ不成立ニ付テノ訴ノ如キハ敢テ當事者ノ一方ヨリ他ノ一方ニ向テ權利ヲ主張スルモノニアラサ



ルヲ以テ之ニ對シテ主參加ノ訴ヲ爲スコトヲ得サルモノトス然レトモ訴訟ノ目的カ法律關係ノ成立若クハ不成立ノ確認ノミヲ求ムルニアラスシテ一ノ權利ヲ主張スルモノナルトキハ仍ホ主參加ノ訴ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ即チ單ニ婚姻不成立ノ如キ一法律關係ノ確認ヲ求ムルノ類ニアラスシテ相續權ノ確認ヲ求ムルトキノ如キ是ナリ但シ所有權相續權其他債權等ニ付テハ單ニ其權利ノ確認ノミヲ求ムル訴ナルモ亦之ニ對シテ主參加ノ訴ヲ爲スヲ得ヘシ要スルニ物權ナルト債權ナルトヲ問ハス一定ノ權利ヲ以テ訴訟ノ目的物ト爲ス場合ニ限リ之ニ對シテ主參加ノ訴ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ

### 第三 本訴訟ノ係爭權利ヲ自己ノ爲メニ請求スルコト

他人間ニ爭ト爲レル權利ヲ自己ノ爲メニ主張スルコトハ主參加人ニ於テ本訴訟ノ原告ハ被告ニ對シテ其權利ヲ有スルニアラスシテ却テ自ラ其權利ヲ有スルニ至ルヘキ事實ヲ主張スルヲ謂フ換言セハ主參加人ハ本訴訟ノ被告ニ對シ或請求ヲ爲シ其結果原告ハ被告ニ對シテ權利ヲ有スルコトヲキニ至

ルヲ謂フ故ニ他人間ニ權利拘束ト爲リタル訴訟ノ目的物ヲ直チニ自己ニ與コヘト求ムルモノノミヲ謂フニアラサルナリ例ヘハ甲カ乙ニ對シテ物ノ引渡ヲ請求スルニ當リ主參加人ハ其物ニ付テノ質權ヲ主張スルカ如シ此場合ニ於テ主參加人ノ質權ヲ正當ナリトスルトキハ敢テ主參加人カ其物ヲ自己ニ引渡スヘシト求ムルニアラサルモ甲カ乙ニ對スル引渡ノ請求ハ不當ナルコトヲ知ルニ足ルヘシ是ニ由リテ觀ルトキハ本訴訟ノ當事者間ニ於ケル請求ト主參加人ヨリ本訴訟ノ當事者ニ對シテ爲ス所ノ請求トハ必スシモ同一ナラサルヘカラサルニアラサルナリ之ヲ要スルニ主參加人ノ請求ハ本訴訟ニ於ケル原告ノ請求ト同種類ノモノニシテ主參加人ノ請求ヲ正當トスルトキハ之カ爲メ本訴訟ニ於ケル原告ノ請求ヲ排斥セサルヘカラサルモノヲ主張スヘキモノトス

以上三個ノ條件ヲ具備スルトキハ本訴訟ニ付テノ權利拘束ノ終ニ至ルマデ主參加ノ訴ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ然レトモ此ノ如キ場合ニ於テ第三者ハ必ス主參加ノ訴ヲ以テ請求スルコトヲ要スルニアラスシテ本訴ノ被告ニ對シ一

般ノ規定ニ從ヒ普通ノ訴ニ依リテ其請求ヲ爲スコトヲ得ルヤ勿論ナリトス  
主參加ノ訴ハ本訴訟カ第一審トシテ繫屬シタル裁判所ニ提起スルコトヲ要ス  
故ニ一般ノ規定ニ依リ普通ノ訴トスルトキハ他ノ管轄裁判所ニ起訴スヘキ場  
合ト雖モ主參加ノ訴トシテ提起スルトキハ常ニ本訴訟ノ第一審裁判所ヲ以テ  
其管轄裁判所ト爲ササルヘカラサルナリ  
此ノ如ク主參加訴訟ニ要スル條件ニ從ヒ訴ヲ起シタルトキハ其訴ハ主參加訴  
訟ナリト雖モ全ク一箇ノ獨立シタル訴ナリトス故ニ從參加ノ場合ニ於ケルカ  
如ク單一ノ訴ノ存スルモノニアラスシテ本訴訟ノ外更ニ一ノ新ナル訟訴ヲ  
生スルモノナリ

又主參加ノ訴ハ本訴訟ノ原告ニ對シテ之ヲ爲スヘキモノナリ故ニ主參加訴  
訟ノ相手方ハ共同訴訟人ナリトス  
以上説明シタル所ニ由リテ觀ルトキハ主參加トハ一ノ訴訟ニ參加スル者ニア  
ラスシテ本訴訟ノ當事者ニ對シ更ニ別箇ノ訴訟ヲ提起スルモノナルヲ以テ所  
謂共同訴訟ニ屬スルモノナリ而シテ其共同訴訟ハ訴訟法上同時ニ裁判ヲ爲サ

シト及ヒ各當事者ヲシテ同趣旨ノ判決ヲ受ケシムルヲ目的ト爲シタルモノナ  
リ故ニ主參加人カ本訴訟ノ當事者雙方ヲ相手取ルヘキコトハ必スシモ權利關  
係カ合一ニノミ確定スヘキモノナルヲ以テノ故ニアラサルナリ隨テ第三者ハ  
主參加ノ訴ヲ爲シ又ハ獨立シテ普通ノ訴訟ヲ爲スヤハ全ク其自由權内ニ於テ  
選擇スルコトヲ得ルモノナリ之ヲ以テ共同被告中ノ一人關席シタルトキハ出  
頭シタル者ニ對シ獨立シテ審理判決ヲ爲スヘキモノトス然レトモ其訴訟ヲ分  
離スルコト能ハサルモノナリ又其判決ハ各被告ニ對シテ必ス同一ノモノナル  
ヘキニアラスシテ其一方ニ對シテハ權利ヲ確認スヘシトノ判決ヲ爲シ他ノ一  
方ニ對シテハ或訴訟行為ヲ命シ若クハ他ノ法律行為ヲ命スルカ如キコトアル  
ヘシ然レトモ主參加訴訟ニ付テノ判決ハ三箇ノ當事者ニ對シテ既判力ノ效果  
ヲ生スルモノナリ

主參加ノ訴ト本訴訟トハ互ニ並行スルモノトス然レトモ裁判所ハ申立ニ因リ  
又ハ職權ヲ以テ主參加訴訟ニ於ケル權利拘束ノ終ニ至ルマテ本訴訟ノ審理ヲ  
中止スルコトヲ得(民訴第五二條第一項但シ裁判所ハ必ス之ヲ中止セサルヘカ

ヲサルノ義務アルニアラス唯主參加訴訟ノ理由アリト認メ得ヘキトキノミ之ヲ中止スヘキモノトス

主參加訴訟ト本訴訟トハ互ニ並行スルモノナル以上ハ主參加訴訟ノ判決前ニ於テ本訴訟ニ付テノ判決確定スルコトアルハ自然ノ數理ナリ此場合ニ於テ本訴訟ニ付テノ判決ハ普通ノ規定ニ從ヒ之ヲ執行スルコトヲ得ヘシ然レトモ主參加人ハ主參加訴訟ニ於ケル判決ノ執行ヲ保全スル爲メ民事訴訟法第五百四十九條ノ規定ニ從ヒ本訴訟ノ判決ノ執行ニ對シテ異議ヲ申立テ又ハ強制執行ノ中止若クハ取消ヲ求ムルコトヲ得ルノミナラス同法第七百三十七條以下ノ規定ニ基キ假差押又ハ假處分ヲ爲シテ自己ノ債權ヲ保全スルコトヲ得ヘキモノトス

之ニ反シテ本訴訟ノ判決ニ先チ主參加ニ付テノ判決確定スルコトアルヘシ此場合ニ於テモ亦普通ノ規定ニ從ヒ主參加ニ付テノ確定判決ノ執行ヲ爲スコトヲ得ルモノトス而シテ本訴訟ト主參加訴訟トハ全ク別箇ノモノナルヲ以テ主參加訴訟ノ判決確定スルモ之ヲ爲メ本訴訟ノ權利拘束ハ當然消滅スルモノニ

アラス然レトモ本訴訟ニ付テノ被告ハ主參加訴訟ニ付テノ判決ノ既判力ヲ主張シテ原告ノ請求ヲ排除スルコトヲ得ルモノトス故ニ主參加訴訟ノ判決ニ依リ本訴訟ノ被告ハ主參加人ニ對シテ物ノ引渡ヲ爲スヘキモノナルコト確定シタルニ拘ラス更ニ同一目的物ヲ本訴訟ノ原告ニ交付スヘシトノ判決アルカ如キコトナカルヘキナリ

主參加訴訟ト本訴訟ト同一審級ノ裁判所ニ繫屬スルトキハ其裁判所ハ之カ併合ヲ爲スコトヲ得然レトモ之カ爲メ當事者ノ地位ニ影響ヲ及ボスモノニアラサルナリ

以上説明シタル主參加ノ外我民事訴訟法ニ於テハ尙ホ他ノ主參加ニ付テノ規定ヲ爲セリ即チ原告ト被告トカ共謀シテ第三者ノ債權ニ損害ヲ生セシメツカ爲メ訴訟ヲ爲ス場合ニシテ民事訴訟法第五十一條第二項ノ規定スル所ナリ此場合ニ於テモ其第三者ハ自己ノ債權ニ損害ヲ生スルコトヲ主張シ其行爲ノ廢罷ヲ求ムル爲メ主參加ノ訴訟ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ

右二箇ノ主參加ノ外尙ホ執行參加ナルモノアリ(民事第五四九條而シテ此執行

參加ハ固ヨリ主參加ト同シカラス然レトモ其差異タルヤ必スシモ主參加訴訟ハ判決ノ確定前ニ之ヲ爲シ執行參加ハ判決ノ確定後ニ之ヲ爲スコトヲ得トノ點ニ在ラス何トナレハ執行參加ト雖モ假執行ノ宣言アル判決ニ對シテハ其確定前ト雖モ仍ホ之ヲ爲スコトヲ得レハナリ然ラハ則チ右兩參加ノ差違ハ實ニ參加ノ基因ト其目的トニ存スト謂ハサルヘカラサルナリ蓋シ主參加ハ本訴訟ノ權利拘束ニ基因シ執行參加ハ判決ノ執行ニ基因ス又主參加ハ一ノ權利ニ付キ三箇ノ當事者ニ對シ同主旨ノ判決ヲ爲サシムルヲ目的トシ執行參加ハ執行ノ停止又ハ取消ヲ以テ其目的トスルモノナリ

然レトモ執行ノ目的物ト訴訟ノ目的物ト同一ナルトキニ於テハ或ハ執行參加ヲ爲スト得ヘク或ハ主參加ヲ爲スト得ヘシ例ヘハ特定物引渡ノ請求ニ對シ裁判所ハ其請求ヲ正當ナリト認メタル判決ヲ爲シ之ニ假執行ノ宣言ヲ付シタル場合ニ於テ債權者カ其假執行ノ宣言ニ基キ判決ヲ執行スルトキハ第三者ハ右兩參加ノ一ヲ選ミ或ハ主參加ノ訴訟ヲ爲シ或ハ執行參加ヲ爲スコトヲ得ルモノトス

#### 第四節 共同訴訟

凡ソ訴ノ併合ニ二種アリ學理上一テ主觀的訴ノ併合ト謂ヒ一テ客觀的訴ノ併合ト謂フ主觀的訴ノ併合トハ訴ノ主體主體トハ當事者ヲ謂フ上ヨリ觀察シタル名稱ニシテ訴ヲ爲ス主體ノ併合ヲ謂ヒ客觀的ノ併合トハ訴ノ目的上ヨリ觀察シタル名稱ニシテ訴ノ目的物ノ併合ヲ謂フ本節ニ於テ説明スル所ノ共同訴訟トハ其主觀的訴ノ併合ニ屬スルモノトス詳言セハ數人ノ原告ヨリ一人ノ被告ニ對シ若クハ一人ノ原告ヨリ數人ノ被告ニ對シ又ハ數人ノ原告ヨリ數人ノ被告ニ對スル請求ヲ一ノ訴ニ併合スルヲ謂フ

然レトモ共同訴訟ハ當事者ノ數數ナル場合ニ於テハ當ニ之ヲ爲シ得ヘキモノニアラスシテ共同訴訟ヲ爲シ得ル場合ハ法律上之ヲ制限セリ民事訴訟法第四十八條ノ規定即チ是ナリ該條ニ依レハ共同訴訟ヲ爲シ得ル場合三アリ左ニ之ヲ區別シテ説明スヘシ

第一 數人カ訴訟物ニ付キ權利共通若クハ義務共通ノ地位ニ立ツトキ數人カ訴訟物ニ付キ權利共通ノ地位ニ立ツトキハ義務共通ノ地位ニ立ツトキ數人カ訴訟物ニ付キ權利共通ノ地位ニ立ツトキハ訴訟物ニ付キ數人カ共ニ權

利ヲ有スル場合ヲ謂フ例ハ係争ノ目的物ニ對シテ數人カ共有權ヲ有シ或ハ連帶債權ヲ有スルカ又ハ不可分物ニ對シ數人カ債權ヲ有スル場合ノ如シ此等ノ場合ニ於テハ數人カ共同原告トシテ訴ヲ提起スルコトヲ得ルモノトス又訴訟物ニ付キ數人カ義務共通ノ地位ニ立ツトハ訴訟物ニ付キ數人カ共ニ義務ヲ有スル場合ヲ謂フ例ハ係争物件ノ共有者トシテ數人カ義務ヲ負擔シ若クハ數人カ連帶債務ヲ有シ又ハ不可分物ニ付キ數人カ義務ヲ有スル場合ノ如シ此場合ニ於テハ數人ヲ共同被告トシテ訴ヲ起スコトヲ得ルモノトス

第二 同一ナル事實上及ヒ法律上ノ原因ニ基キ請求又ハ義務カ訴訟ノ目的物ナルトキ

本項ノ共同訴訟ハ訴訟物ヨリ來ルニアラスシテ事實ノ關係及ヒ法律上ノ原因ヨリ來ルモノナリ換言セハ前項ノ共同訴訟ハ訴訟物カ數人間ニ共通ナルノ故ヲ以テ生スルモノナルモ本項ニ於ケル共同訴訟ハ訴ノ原因ニ基クモノトス例ヘハ一ノ契約ヲ連合シテ金圓ヲ貸與シタルカ如キ又ハ數人カ共ニ一ノ遺言ニヨリ分割シ得ヘキ債權又ハ債務ヲ相續シタルカ如キ或ハ數人ノ事務管理者カ

本人ノ爲メニ支出シタル有益費用ノ償還ヲ請求スルカ如キ場合ヲ謂フ

第三 性質ニ於テ同種類ナル事實上及ヒ法律上ノ原因ニ基ク同種類ナル請求又ハ義務カ訴訟ノ目的物ナルトキ

本項ハ同種類ナル事實上及ヒ法律上ノ原告ニ基クコトヲ以テ足レリトスルカ故ニ其訴ノ原因ハ最テ同一ノ原因ニ基クモノナルコトヲ要セザルモノナリ而シテ性質ニ於テ同種類ナルトハ單ニ其類ヲ同シウスルニ止マラスシテ性質上同種類ノモノナラサルヘカラス例ヘハ貸借ナルモノノ中ニ於テモ貸借消費貸借使用貸借ハ其類ヲ同シウスルモ其性質ヲ異ニス故ニ單ニ貸借ノミヲ以テ足レリトセスシテ或ハ貸借或ハ使用貸借ノ如キ性質上同種ニ屬スルモノナラサルヘカラス此ノ如ク同種類ノ原因ニ基ク同種類ノ請求若クハ義務カ訴訟物ナルトキハ共同訴訟ヲ爲スコトヲ得ルモノトス例ヘハ保險會社カ數多ノ被保險人ニ對シ同種ノ契約ニ因リ保險契約ヲ爲シタル未被保險人ニ對シ保險料ノ拂込ヲ求ムル場合又ハ同種ノ契約ニ因ル賃借人ニ對シ賃貸借契約ニ因リ賃料ノ支拂ヲ求メ若クハ數人ノ賃借人ヨリ賃貸人ニ對シ賃貸借契約ニ因リ賃借家屋ノ

修繕ヲ請求スル場合ノ如シ

右第一乃至第三ノ場合ニ於テハ或ハ一人ノ被告ニ對シ數人カ共同原告ト爲リ或ハ一人ノ原告ヨリ數人ヲ共同被告ト爲シ或ハ數人ノ原告ヨリ數人ヲ共同被告トシテ訴ヲ起スコトヲ得ルモノトス

然レトモ右何レノ場合ニ於テモ管轄ニ關スル一般ノ規定ニ依ルヘキコト勿論ナリトス即チ各訴ニ對シテ受訴裁判所ハ事物ノ管轄權ヲ有セサルヘカラス故ニ裁判所ノ管轄カ訴訟物ノ價格ニ依リ定マルヘキ場合ニ於テハ民事訴訟法第四條ニ依リ其數箇ノ請求額ヲ合算シテ其管轄ヲ定メサルヘカラス又裁判所構成法第十四條第二號ニ揭ケタル請求ト第一號ニ揭ケタル請求トハ之ヲ併合スルヲ得ルモ其第二號ニ揭ケタルモノト百圓ヲ超過スル所ノ請求トハ之ヲ併合スルコトヲ得サルモノトス

之ニ反シテ土地ノ管轄ニ付テハ總テノ共事被告人カ同一ノ裁判籍ヲ有セサル場合ニ於テハ何レノ裁判所ニ起訴スヘキモノナルヤニ付テハ我民事訴訟法上一モ規定スル所ナシ而シテ訴訟ノ規定上ヨリ觀ルトキハ總テノ共同被告カ同

一ノ裁判籍ヲ有スルトキニアラサレハ共同被告トシテ訴ヲ起スコトヲ得サルカ如キノ感アリ若シ果シテ然リトセハ事實上共同訴訟ヲ爲シ得ル場合ハ實ニ僅少ニ屬シ其結果訴訟法上共同訴訟ヲ設定シタル趣旨ニ反スルニ至ラン然ラハ此點ニ付キ法律上規定ヲ設クサリシハ立法上ノ缺點ト謂ハサルヘカラス今ヤ獨逸民事訴訟法ヲ閱スルニ共同訴訟ニ付テノ裁判籍ハ法律上特別ノ規定ナキトキハ直近上級裁判所ハ其裁判籍ヲ指定スルコトト爲セリ然レトモ我民事訴訟法及ヒ裁判所構成法ニ於テハ斯ル規定アルコトナキカ故ニ共同訴訟ニ付テノ裁判籍ハ直近上級裁判所ニ於テ之ヲ定ムルコトヲ得サルモノトス今日實際ニ行ハルル所ノ例ニ依レハ此場合ニ於テ原告ハ自己ノ選擇ニ依リ共同被告中ノ一人ノ裁判籍ヲ採リ以テ共同訴訟ノ裁判籍ト爲スコトヲ得ルモノノ如シ然レトモ此場合ハ民事訴訟法第二十五條ニ依リ數多ノ裁判籍中ノ一ヲ選擇スルモノト謂フヲ得スシテ全ク法律ノ規定ナキヨリ生シタル便宜上ノ慣行ニ過キサルナリ然レトモ幸ニ此慣例アリテ始メテ共同訴訟ノ規定ヲ利用スルヲ得ルモノト謂フヘシ但シ右ノ場合ニ於テ民事訴訟法第二十九條又ハ第三十條ニ

依リ當事者ノ合意ヲ以テ管轄裁判所ヲ定メタルトキハ其管轄ノ有效ナルコト勿論ナリトス又共同訴訟ニ於テハ同種類ノ訴訟手續ヲ許スモノニアラサレハ之ヲ併合スルコトヲ得サルモノナルコト明カナリ

共同訴訟ヲ爲シ得ル場合ニ於テ或ハ共同原告ト爲リ或ハ共同被告ト爲スヤハ一ニ原告ノ意思ニ放任スルモノニシテ訴訟法上敢テ共同訴訟ヲ爲ササルヘカラサルノ義務アルニアラサルナリ故ニ前説明ノ如キ場合ニ於テ原告カ共同訴訟ヲ爲ササリシトキ即チ共同原告トシテ訴ヲ起サス或ハ共同被告ト爲ササリシトキト雖モ相手方ハ其共同原告ト爲ラサリシコト或ハ共同被告ト爲ササリシコトヲ理由トシテ應訴ヲ拒ムコトヲ得サルモノナリ

然レトモ前述ノ條件ニ反シテ共同訴訟ヲ爲シタルトキハ左ノ區別ニ從ヒ結論ヲ異ニセサルヘカラス

(イ) 事物ノ管轄ノ規定ニ背反シタルトキ

此場合ニ於テハ數多ノ請求中事物ノ管轄ノ規定ニ反スルモノハ職權ヲ以テ之ヲ却下セサルヘカラス故ニ總テノ請求カ其事物ノ管轄ノ規定ニ反スルトキハ

共同訴訟トシテノ總テノ訴ヲ却下スヘキモノトス但シ訴訟法上合意管轄ヲ許ス場合ニ於テ合意管轄ノ生シタルトキハ此限ニ在ラス

(ロ) 民事訴訟法第四十八條ノ條件ヲ具備セサルトキ

此場合ニ於テハ裁判所ハ職權ヲ以テ訴ヲ却下スヘキモノニアラスシテ或ハ當事者ノ申立ニ因リ或ハ裁判所ノ職權ヲ以テ其訴訟ノ分離ヲ命スルヲ經營ナリトス而シテ其訴ヲ分離シタルカ爲メ事物ノ管轄ノ規定ニ違背スルニ至リタルトキハ其訴ヲ却下スヘキモノトス例ヘハ訴訟物ノ價格上區裁判所ノ管轄ニ屬スル請求ヲ併合シテ地方裁判所ノ管轄ヲ生シタル場合ニ於テ之ヲ分離シタルカ爲メ其訴訟物ノ價格百圓以下ト爲リタルトキハ則チ地方裁判所ニ於ケル事物ノ管轄ノ規定ニ違反スルニ至リタルモノナルヲ以テ其訴ハ總テ之ヲ却下スヘキモノトス若シ其分離シタル訴ノミ地方裁判所ノ管轄ニ屬セサルニ至リタルトキハ其分離シタル訴ノミヲ却下スヘキモノトス

共同訴訟ノ場合ニ於テ共同訴訟人カ相手方ニ對スル權利ハ共同訴訟ノ爲メ毫モ影響ヲ蒙ルコトナキモノトス換言セハ共同訴訟人ハ相手方ニ對シ其訴訟ニ

於タル法律關係ニ付テハ全ク一人ニテ訴ヲ起シ若クハ訴ヲ受クル場合ト同一ナリトス故ニ共同訴訟人ノ各自カ爲シタル行爲若クハ不行爲ハ他ノ共同訴訟人ニ對シ毫モ利害ノ關係ヲ及ボスモノニアラサルナリ隨テ共同訴訟人中ノ一人カ闕席スルトキハ其一人ノミ闕席判決ヲ受クヘク又其一人カ認諾ヲ爲スモ他ノ共同訴訟人ハ尙ホ其實事ヲ爭フコトヲ得ルモノナリ又期間ハ各自ニ對シ獨立シテ進行スルモノトス又共同訴訟人ノ各自ニ對スル判決ハ一分判決ナリ隨テ其結果トシテ訴訟法上ヨリ觀ルトキハ互ニ衝突スルコトアリ得ヘキモノナリ換言セハ各共同訴訟人ニ對スル判決タルヤ或ハ同趣旨ニ出テサルコトナシト謂フヘカラサルナリ但シ特別ノ規定アル場合ニ於テハ此限ニ在ラサルナリ之ヲ要スルニ共同訴訟ノ場合ト雖モ法律上別段ノ規定アルモノヲ除キ共同訴訟人ノ各自ノ行爲不行爲ハ其各自ニ對シテノミ效力ヲ有スルモノナリ之ニ反シテ民事訴訟法第五十條ニ於テハ共同訴訟人ノ各自カ爲シタル行爲若クハ不行爲ハ他ノ共同訴訟人ニ對シテ效力ヲ及ボサストノ原則ニ一ノ例外アルコトヲ規定セリ即チ總テノ共同訴訟人ニ對シ若クハ總テノ共同訴訟人ノ爲メニ

權利關係カ合一ニノミ確定スヘキ場合はナリ

然ルニ其總テノ共同訴訟人ニ對シ若クハ總テノ共同訴訟人ノ爲メ權利關係カ合一ニノミ確定スヘキ場合トハ如何ナル場合ナルヤニ付テハ民事訴訟法上最テ規定スル所ナシ故ニ其場合ノ如何ハ民法其他ノ實體法ニ依リ之ヲ定ムルノ外ナキモノトス

(一) 法律ノ規定ニ依リ共同訴訟人間ニ於テ各自ノ自由ニ放任スルヲ得サル法律關係ノ確認ニ關スルトキ

例ヘハ人事訴訟手續法第二條第二項及ヒ第二十條第二十六條ノ規定ニ依リ檢事若クハ第三者ヨリ婚姻又ハ養子縁組ノ無効若クハ取消ニ付テノ訴ヲ起ストキハ其訴ハ夫婦若クハ養親子ヲ以テ相手方ト爲スコトヲ要ス又子又ハ母ヨリ父ヲ定ムルコトヲ目的トスル訴ヲ提起スルトキハ母ノ配偶者及ヒ其前配偶者ヲ以テ相手方トス人事訴訟手續法第三〇條第三項ヘキモノナルカ故ニ此場合モ亦共同訴訟人トシテ被告ノ地位ニ立ツヘキモノトス

此等ノ場合ニ於テハ共同被告間ノ關係ニ於テ其法律關係ノ存否ヲ各自ノ主張



ニ放任スルコト能ハサルモノニシテ其法律關係ノ存スルモノナル以上ハ總テノ共同被告ニ對シ存セサルヲ得ス又其關係ノ存セサルモノナリトセハ總テノ共同被告ニ對シ存セサルヘキモノナリ故ニ此場合ニ於ケル權利關係ハ常ニ共同被告ニ對シ合一ニノミ確定スヘキモノトス

(D) 不可分義務ニ關スルトキ

此場合ニ於テハ性質上共同訴訟人中ノ各自ハ各別ニ其權利ヲ主張シ又ハ其義務ヲ爭フコトヲ得ヘキモノナリト雖モ其義務カ不可分ナルノ故ヲ以テ總テノ共同訴訟人ニ對シ若クハ總テノ共同訴訟人ノ爲メ合一ノ裁判ヲ爲ササルヘカラサルナリ

不可分義務ノ如何ナルモノナルヤニ付テモ亦民事訴訟法ノ規定スル所ニアラサルヲ以テ其義務ノ不可分ナルヤ否ヤハ全ク實體法ノ規定ニ依リテ之ヲ定メサルヘカラス(民法第四二八條乃至四三一條參照)

不可分義務ノ説明ハ學說上種種アルノミナラス立法例ニ於ケルモ亦敢テ一定セス而シテ「ボチエー」氏ハ不可分義務ヲ分チテ三種ト爲シ性質ニ因ル不可分當

事者ノ契約ニ因ル不可分及ヒ履行ノミニ因ル不可分トニ區別セリ我舊民法ニ於テハ之ヲ分チテ二種トセリ即チ絕對的不可分關係の不可分是ナリ而シテ絕對的不可分義務トハ負擔スル目的ノ性質ニ因リテ一分ノ履行ノ不能ナルトキ若クハ當事者ノ明示若クハ默示ノ意思ニ因リテ一分ノ履行ヲ許ササルトキヲ謂フ之ニ反シテ關係的不可分義務トハ債務者ノ一人ノ處分權内ニ在ル特定物ノ引渡ニ關スルトキ又ハ債務者ノ一人カ債務ノ設定權原ニ依リ獨リ其履行ニ任シタルトキヲ謂フ舊民法財産編第四四一條第四四二條又新民法第四百二十八條ニ依レハ負擔スル目的ノ性質上不可分ナルト當事者ノ意思表示ニ因リ不可分ナルトハ其ニ之ヲ不可分債務ト稱セリ

此ノ如ク實體法上不可分ナル義務ノ履行ヲ求ムルトキハ其絕對的不可分ナルト關係的不可分ナルトヲ問ハス其義務ヲ不可分ニ履行スヘキモノナルヲ以テ其法律關係ハ常ニ共同訴訟人ノ爲メ若クハ之ニ對シ合一ニノミ確定スルコトヲ要スルモノナリ例ヘハ要役地ノ共同所有者カ隣地ノ所有者ニ對シ地役權ヲ主張スルトキ若クハ承役地ノ共同所有者ヨリ要役地ノ所有者ニ對シ地役ニ關

スル消極的確認ノ訴ヲ起スカ如キ場合はナリ又目的物ノ性質上可分ノ義務ナルモ當事者ノ意思ニ因リ不可分義務ト爲シタルトキニ於テハ同シキ其權利關係ハ合一ニノミ確定スヘキモノナリ故ニ連帶債務ト雖モ當事者ノ意思ニ因リ不可分債務ト爲シタルトキハ其權利關係ハ共同債務者ニ對シ合一ニノミ確定スヘキモノトス

此ノ如ク共同訴訟人ノ爲メニ若クハ之ニ對シ法律關係カ合一ニノミ確定スヘキ場合ニ於テハ所謂一人ノ訴訟上ノ行爲若クハ不行爲ハ他ノ共同訴訟人ニ利害關係ヲ及ホサストノ原則ヲ絕對ニ適用スルコト能ハサルモノニシテ左ノ規定ニ從ハサルヲ得ス

(一) 共同訴訟人ノ一人ノ攻撃及防禦ノ方法ハ他ノ共同訴訟人ノ利益ト爲ル場合ニ限リ其效力ヲ生ス(民訴第五〇條第二項)

故ニ共同訴訟人中ノ或者ヨリ提出シタル攻撃若クハ防禦ノ方法ニシテ他ノ共同訴訟人ニ對シ不利益ノ效果ヲ生スヘキモノハ全ク提出セラレサルト一般ニシテ裁判所ハ其方法ニ基キ裁判ヲ爲スコトヲ得サルモノトス故ニ共同訴訟人

ノ各自カ互ニ利益ト爲リ又不利益ト爲ル攻撃防禦ノ方法ヲ提出シタルトキハ其利益ノ方法ノミ有效ニシテ不利益ト爲ル方法ハ初ヨリ提出セラレサルモノト看做シ裁判ヲ爲スヘキモノトス隨テ裁判所ハ事實ノ認定ヲ爲スニ當リ他ノ共同訴訟人ニ對シ不利益ノ效果ヲ生スヘキ攻撃若クハ防禦ノ方法ヲ以テ認定ノ材料ト爲スコトヲ得ス

(二) 共同訴訟人ノ一人カ爭ヒ又ハ認諾セサルトキハ他ノ共同訴訟人モ亦爭ヒ又ハ認諾セサルモノト看做ス(民訴第五〇條第三項)

共同訴訟人中ノ或者カ或事實ヲ爭フトキハ他ノ共同訴訟人ニ於テ之ヲ爭ハサルトキト雖モ民事訴訟法第一百一條ノ規定ヲ適用シ爭ハサル當事者ハ其實事ヲ明白シタルモノト看做スコトヲ得ス又共同訴訟人中ノ或者カ認諾セサルトキハ他ノ共同訴訟人ニ於テ認諾スルモ裁判所ハ其認諾ニ基キ裁判スルコトヲ得スシテ其認諾ハ全ク效力ナキモノナルカ故ニ認諾シタル者モ之ヲ認諾セサル者ト看做シ以テ總テノ共同訴訟人ニ對シ裁判ヲ爲ササルヘカラサルナリ

(三) 共同訴訟人中ノ一人カ期日又ハ期間ヲ懈怠シタルトキハ其懈怠シタル者

ハ懈怠セサル者ニ代理ヲ任シタルモノト看做ス(民訴第五〇條第四項)  
此規定ノ結果トシテ左ノ如ク區別セサルヘカラス

(イ) 口頭辯論ノ期日ニ共同訴訟人中ノ一人ノミ出頭シ他ノ共同訴訟人カ出頭セサルトキト雖モ總テノ共同訴訟人カ出頭シタルモノト看做シテ裁判ヲ爲ササルヘカラス故ニ出頭シタル者ノ作爲若クハ不作爲ハ出頭セサル者ノ作爲不作爲ト同一ナリトス隨テ出頭シタル者ノ爲シタル認諾拋棄、自白其他訴訟變更ニ付テノ承諾ノ如キハ特ニ委任ヲ受ケサルトキト雖モ出頭セサル者ニ對シテ其效力ヲ及ホスモノトス之ヲ要スルニ此場合ニ於テハ出頭シタル者ノ行爲即チ作爲若クハ不作爲ハ其利益ナルト不利益ナルトヲ問ハス總テ出頭セサル者ニ對シテモ仍ホ其效力ヲ生スルモノナリ但シ懈怠セサル者ハ懈怠シタル者ヲ代理スト看做スハ單ニ訴訟行爲ニ限ルモノナルカ故ニ懈怠セサル者カ懈怠シタル者ノ爲メニ債務ノ支拂ヲ受クルカ如キ訴訟行爲ノ範圍外ニ屬スル行爲ハ有效ニ代理スルコトヲ得サルモノトス  
此ノ如ク懈怠セサル者ハ懈怠シタル者ヲ代理スト看做ス規定ノ結果トシテ縱

令出頭セサル者ニ於テ不利益ヲ受ケタルトキト雖モ之カ爲メ懈怠シタル者ヨリ懈怠セサル者ニ對シ損害ノ賠償ヲ求ムルコトヲ得ス何トナレハ懈怠シタル者カ不利益ヲ受クルニ至リタルハ懈怠セサル者ニ代理ヲ任シタルモノト看做ス所ノ法律ノ結果ニ過キスシテ出頭シタル者ノ作爲若クハ不作爲ヲ以テ直接ノ原因ト謂フヲ得サレハナリ但シ惡意又ハ特別ノ事由アルトキハ此限ニ在ラズ

(ロ) 共同訴訟人中出頭セサル者ト雖モ期日ヲ懈怠セサル者ト同一ナルヲ以テ民事訴訟法第一百四條ノ規定ニ從ヒ出頭セサル者ニ對シテ自身出頭ヲ命スルコトヲ得ルモノトス

(ハ) 期日ヲ懈怠シタル共同訴訟人ニハ懈怠セサリシ場合ニ於テ爲スヘキ總テノ送達及ヒ呼出ヲ爲ササルヘカラス是レ民事訴訟法第五十條第五項ノ前段ニ於テ規定スル所ナリ故ニ準備書面判決及ヒ決定ノ如キハ出頭シタル當事者ニ對スルニ同シク出頭セサル者ニモ之ヲ送達スルコトヲ要スルモノトス

(ニ) 懈怠シタル當事者ハ其後ノ訴訟手續ニ加ハルコトヲ得而シテ懈怠シタル

者カ訴訟手續ニ加ハルトキハ其時ヨリ他ノ共同訴訟人ニ於テ代理ヲ爲スコトヲ得ス然レトモ其後ニ至リ更ニ期日ヲ懈怠シタルトキハ又他ノ懈怠セサル者ニ於テ其代理ヲ爲スモノト看做スヘキナリ

(ホ) 懈怠セサル者ノ口頭辯論ニ基キ爲シタル判決ハ懈怠シタル者ニ對スルモ闕席判決ニアラス隨テ懈怠シタル者ト雖モ其判決ニ對シ故障ヲ爲スコトヲ得サルモノトス

(ヘ) 判決ニハ懈怠シタル者ノ氏名ヲモ掲載セサルヘカラス故ニ訴訟費用ハ懈怠シタル者ニ於テモ或ハ之カ支拂ヲ受クルノ權利ヲ生シ或ハ之ヲ負擔スルノ義務ヲ生ス

(ト) 期間ニ付テモ亦懈怠セサル者ハ懈怠シタル者ヲ代理ス即チ共同訴訟人ノ一人若クハ數人カ普通ノ期間ヲ懈怠シタルトキハ勿論不變期間ヲ懈怠シタルトキト雖モ懈怠セサル者ニ代理ヲ委任シタル者ト看做ス然ラハ則チ共同訴訟人ノ一人若クハ數人カ期間内ニ故障若クハ控訴ノ申立ヲ爲サスシテ他ノ共同訴訟人カ故障若クハ控訴ヲ爲シタルトキハ其故障若クハ控訴ハ懈怠シタル共

同訴訟人ノ爲メ其效力ヲ生スルヤ否ヤ隨テ懈怠シタル共同訴訟人ヲモ呼出スヘキモノナルヤ否ヤ

本問ニ對シテハ予ハ總テ積極的ノ答ヲ爲ス者ナリ即チ共同訴訟人一人カ適法ニ爲シタル故障若クハ控訴ハ他ノ共同訴訟人ノ爲メ其效力ヲ生ス隨テ故障若クハ控訴ヲ爲ササリシ共同訴訟人ヲモ呼出スヘキモノナリト斷言スル者ナリ抑モ期間ヲ懈怠スルトハ期間内ニ爲スヘキ行爲ヲ爲ササルヲ謂フ之ニ反シテ期間ヲ懈怠セストハ其期間内ニ爲スヘキ行爲ヲ爲シタルヲ謂フ故ニ期間ヲ懈怠シタル者ハ懈怠セサル者ニ代理ヲ委任シタルモノト看做ストハ其期間内ニ爲スヘキ行爲ヲ爲ササリシ者ハ適法ニ其行爲ヲ爲シタル者ニ代理ヲ委任シタルモノニシテ共同訴訟人ノ總テ適法ニ其行爲ヲ爲シタルモノト看做ササルヲ得ス故ニ控訴ヲ爲シタル者ハ前審ニ於テ自ラ訴訟行爲ヲ爲シ若クハ他ノ共同訴訟人ニ依リ代理セラレタルト問ハス其者カ爲シタル控訴ハ他ノ共同訴訟人ニ效力ヲ及ホスモノナリ故ニ控訴審ニ於テハ他ノ共同訴訟人ヲモ呼出ササルヘカラサルナリ此ノ如ク共同訴訟人中ノ一人カ爲シタル控訴ハ他ノ

共同訴訟人ニ效力ヲ及ボス以上ハ前審ノ判決ハ之ニ依リテ控訴セサル共同訴訟人ニ對シテモ其確定ヲ遮斷セラルモノナリ(民訴第四九八條)隨テ控訴セザリシ共同訴訟人ト雖モ上級審ニ於ケル訴訟手續ニ加ハルコトヲ得又已ニ其手續ニ加ハリタル以上ハ期間ヲ懈怠シタル他ノ共同訴訟人ヲ代理スルモノナルコトモ亦明カナリトス然レトモ共同訴訟人間ニ互ニ代理ヲ爲スハ共同訴訟ノ存スルトキニ限ルコト勿論ナルヲ以テ第一審ノ判決後ニ於テ共同訴訟人ノ一人カ共同訴訟ヲ脱退シタルトキハ他ノ共同訴訟人ニ於テ控訴ヲ爲スモ其控訴タルヤリトス又控訴シタル共同訴訟人ハ他ノ共同訴訟人ニ於テ反對ノ申立ヲ爲ササル以上ハ一人ニテ控訴ノ取下ヲ爲スヲ得ルモノナリ又前審ノ共同訴訟人ハ明カニ控訴權ヲ拋棄スルヲ得ルモノナリ此場合ニ於テ他ノ共同訴訟人ニ於テ控訴ヲ爲シタルトキハ曩ニ控訴權ヲ拋棄シタル者ハ共同訴訟ヲ脱退シタルモノト看做ササルヘカラス

本問題ニ關シテハ高木氏ハ民事訴訟法論第二卷第四五四頁ニ於テ五大問題

ノ一トシテ其解答ヲ掲ケラレタリ然レトモ予ノ不明ナル氏ノ意見ニ服従スル能ハサルナリ而シテ氏ノ説明ニ對シ予ノ不服ナル理由ヲ陳述スルトキハ予ノ卑見ノ存スル所ヲ明カニスルノ便アルカ故ニ左ニ其理由ヲ陳ヘ以テ高木氏ノ高論ヲ仰クト同時ニ諸君ノ參考ニ供セントス

高木氏ハ共同訴訟ニ關スル疑問ノ第四トシテ二箇ノ問題ヲ掲ケラレタリ即チ必要的共同訴訟人ノ一人若クハ數人ノミカ上訴ヲ爲スヲ得ルヤ及ヒ共同訴訟人ノ一人若クハ數人カ上訴スルヲ得ルトセハ其結果ハ他ノ共同訴訟人ニ及フヤ否ヤ是ナリ

右第一問ニ對シテハ前説明ノ如クニシテ高木氏ノ説ニ對シ毫モ異議ナキ所ナリ然レトモ第二問ニ對シテハ高木氏ハ先ツ必要的共同訴訟人ハ上訴ニ付テハ當然代理權ナシ然レトモ期間ニ付テハ代理權アル旨ヲ明言セラレタリ其文意ノ解釋ヲシテ幸ニ誤ナシトセハ共同訴訟人ノ一人若クハ數人ノ爲シタル上訴ハ他ノ上訴セサル共同訴訟人ニ對シ何等ノ效力ナキモ不變期間ニ付テハ他ノ共同訴訟人ヲ代理スト云フノ趣意ナリト信ス果シテ然ラハ共同訴訟人ノ一人

ノ上訴カ他ノ共同訴訟人ニ其效力ヲ及ホサスシテ而モ不變期間ニ付テノミ他  
ノ共同訴訟人ヲ代理スルノ理由ヲ解スル能ハサルナリ蓋シ不變期間ナルモ  
ノハ當事者ノ合意アルモ之ヲ伸張若クハ短縮スルヲ得サルモノナルノミナラ  
ス共同訴訟人ノ一人ニ於テ上訴ヲ爲スモ之カ爲メ不變期間ヲ中斷スルモノニ  
アラサルナリ而シテ適法ナル上訴ハ判決ノ確定ヲ遮斷スルニ過キサルコトハ  
第四百九十八條ニ依リ明カナリトス故ニ共同訴訟人ノ一人カ上訴ヲ爲スモ之  
ニ依リテ他ノ共同訴訟人ノ爲メ不變期間ノ進行ヲ止メ若クハ不變期間ノ中斷  
ヲ爲スモノニアラサルナリ故ニ共同訴訟人ノ一人ノ爲シタル上訴ニシテ他ノ  
共同訴訟人ニ其效力ナシトセハ之ニ依リテ單ニ不變期間ノミヲ代理シ若クハ  
之ヲ懈怠セサルモノト謂フコト能ハサルヘシ

又高木氏ハ共同訴訟人ノ一人ノ爲シタル上訴ハ他ノ共同訴訟人ニ對シ其效力  
ヲ斷定セラレタルニ拘ラス懈怠シタル他ノ共同訴訟人ハ其上訴手續ニ加ハ  
ルコトヲ得ト説明セラレタリ但シ上訴手續ニ加ハルトハ上訴者ノ一人タルカ  
如ク訴訟行爲ヲ爲スコトヲ意味シタルモノニシテ新ニ上訴ヲ爲スノ趣旨ニア

ラサルコトト信ス果シテ然ラハ法律上ニ於テモ上訴ヲ爲シタルモノト看做ス  
コトヲ得サル者ニ於テ上訴審ニ於ケル訴訟行爲ヲ爲シ得ルモノナリト謂ハサ  
ルヲ得ス此ノ如キハ訴訟法上絶無ノ異例ニシテ法理上ニ於テモ許スヘカラサ  
ルノ行爲ナリトス加之共同訴訟人ノ一人カ爲シタル上訴ハ他ノ共同訴訟人ニ  
效力ヲ及ホササルモノナリトセハ之ニ依リテ他ノ共同訴訟人ニ對シテハ判決  
ノ形式上ノ確定ヲ妨クサルモノナリト謂ハサル得ス然ラハ他ノ共同訴訟人ニ  
對シ形式上判決ノ確定アリタル後ニ於テモ其共同訴訟人ハ仍ホ他ノ共同訴訟  
人ノ爲シタル上訴手續ニ加ハルヲ得ルニ至ラン此ノ如キハ判決ノ形式上確定  
ヲ無視スルノ甚シキモノナリト信ス

又高木氏ハ判決ノ結果ニ付キ解答ヲ爲シテ曰ク必要の共同訴訟人ハ不可分の關  
係ナルカ故ニ共同訴訟人ノ一人ノ爲シタル上訴ニ付テノ判決ハ他ノ共同訴訟  
人ニ其結果ヲ及ホスモノナリト由是觀之判決ノ結果カ期間ヲ懈怠シタル共同  
訴訟人ニ及フハ實體權上ノ理由ニ基クモノナリ即チ合一ニミ確定スヘキ法  
律關係ナルヲ以テ其結果ヲ及ホササルヲ得スト云フニ過キサルモノナリ然ラ

ハ則チ其結果ニシテ不利益ナルトキニ於テモ亦其結果ヲ他ノ共同訴訟人ニ及  
ホスト謂ハサルヲ得ス果シテ然ラハ共同訴訟人ノ提出シタル攻撃防禦ノ方法  
ハ他ノ共同訴訟人ノ利益ニ於テ效力ヲ生セシムルノ主旨ニ反スルモノナリ但  
シ高木氏ハ共同訴訟人ノ一人若クハ數人ノ上訴シタル場合ニ於テ相手方ヨリ  
附帶上訴ヲ爲ストキハ單ニ其上訴シタル者ニ對シテノミ附帶控訴ヲ爲スヲ得  
スシテ他ノ共同訴訟人全體ニ對シ之ヲ爲ササルヲ得ス故ニ其不利益ノ結果ハ  
總テノ共同訴訟人ニ對シ生スルモノニシテ共同訴訟人中ノ上訴シタル者ノミ  
ニ對シ不利益ノ結果ヲ來スコトナキモノノ如ク説明セラレタルモ附帶控訴ハ  
控訴シタル者ニ對シ其控訴ニ附帶シテ爲スモノニシテ他ノ上訴セサル者マデ  
モ相手方トシテ之ヲ爲ササルヘカラサルノ理由アルコトナシ故ニ本控訴ニシ  
テ不適法ナルトキハ附帶控訴ハ其效力ヲ失フモノナリ然ラサレハ附帶控訴ノ  
效力ヲシテ本控訴ノ適法ナルヤ否ト其運命ヲ共ニセシムルノ必要ナキモノナ  
リ加之被控訴人ヨリノ控訴ノ場合ニ於テモ共同訴訟人中ノ一人若クハ數人ニ  
對シ控訴ヲ爲スコトハ訴訟法上決シテ之ヲ爲スヲ得サルモノニアラス故ニ共

同訴訟人ニ對スル上訴ノ場合ニ於テモ共同訴訟人中ノ一人若クハ數人ニ對シ  
不利益ノ結果ヲ來スコトアルヲ知ルヘキナリ  
右ニ陳述シタルカ如ク總テノ共同訴訟人ニ對シ若クハ之カ爲メ權利關係カ合  
一ニシテ確定スヘキトキハ獨逸民事訴訟法第五十九條ニ於テハ此場合ヲ必要の共同訴訟ト稱ス  
ルモノノ如シ(獨逸民事訴訟法第五十九條ニ於テハ此場合ヲ必要の共同訴訟ト稱ス  
ルモノノ明文ナシト雖モ該條ニ於テ其他ノ原因ヨリ共同訴訟力必要ノモノナ  
ルトキハ云々トアルヲ以テ學理上此場合モ亦必要の共同訴訟ノ一ト看做シタ  
ルモノナリト説明セリ)然レトモ此場合ヲ稱シテ必要の共同訴訟ト爲スハ頗ル  
其當ヲ得サルモノナリ何トナレハ權利關係カ合一ニシテ確定スヘキ場合ニ於  
テモ當事者ハ各別ニ訴ヲ爲シ若クハ訴ヲ受クルヲ得ルモノナルコトハ毫モ疑  
ヲ存セサル所ニシテ敢テ共同スルニアラサレハ訴ヲ起シ若クハ訴ヲ受クルヲ  
得サルモノニアラサレハナリ故ニ獨逸訴訟法學者ノ間ニ於テモ右ノ場合ヲ稱  
シテ必要の共同訴訟ト稱スルハ適當ナラストノ說ハ學理上殆ト爭フ者ナキカ  
如シ又獨逸民事訴訟法ニ於テハ權利關係カ合一ニシテ確定スヘキ場合ノ外尙

＊必要の共同訴訟ト稱スルモノアリ即チ我民事訴訟法第五十一條主參加ノ場合第五百四十九條第二項執行參加ノ場合人事訴訟法手續法第二條第二項第二十條第二十三條第二十六條婚姻事件緣組事件ニ該當スル場合はナリ但シ我民事訴訟法第五十一條第二項ニ規定シタル詐害行為ノ廢罷訴權ヲ行フ場合モ亦右ノ場合ト其種類ヲ同シウスルモノナリ獨逸民事訴訟法ニ於テハ其第七百五十三條ニ於テ尙ホ一ノ必要の共同訴訟ノ場合アリ我民事訴訟法ニハ其場合ニ於テ共同訴訟人ト爲スヘシトノ規定ナシ此等ノ場合ニ於テモ亦必要の共同訴訟ノ名稱ハ決シテ其當ヲ得タルモノニアラサルナリ蓋シ民事訴訟法ニ於テハ強テ共同訴訟ヲ爲サシムルノ方法アルコトナシ故ニ被告ニ於テ原告ハ共同スルニアラサレハ訴訟ヲ起スノ權利ナシト主張シ若クハ他ノ者ト共同被告トスルニアラサレハ應訴ノ義務ナシト主張スルヲ得ス換言セハ必要の共同ノ抗辯(Erephophium Iitis Consortium)ヲ爲スヲ得サルモノナリ然ルニ獨逸ニ於テハ此抗辯ヲ爲シ得ルモノノ如ク説ク者アリト雖モ多數學問ニ於テハ其説ヲ以テ正當ナリト認メス特ニ「ブラベク」ノ如キハ「訴訟法上ノ訴訟ノ複數」ト題スル著書ニ於

テ其説ノ誤ナルヲ説明セリ即チ被告ニ於テ原告ハ共同スルニアラサレハ被告ニ對シ請求權ヲ有セサルモノナリト主張シ若クハ共同被告ニ對シ請求スルニアラサレハ其請求ハ正當ナルモノニアラスト主張スルヲ得ヘク隨テ其結果原告ヲシテ共同訴訟人ト爲リ若クハ共同被告ニ對シ訴ヲ起スニ至ラシムルコトアルモ訴訟法上ニ於テ之ヲ強アルコト能ハサルモノナルコトヲ説明セリ然レトモ獨逸民事訴訟法ニ於テハ其第五十九條ニ於テ必要の共同訴訟トシテ權利關係カ合一ニノミ確定スヘキ場合ヲ掲ケタルノミナラス右陳述シタル特定ノ共同訴訟ノ場合ヲモ亦之ト同視シ以テ共同訴訟人間ニ於クル代理ノ特例ヲ設ケタルコト明カナリトス我民事訴訟法ニ於テハ幸ニ右特定ノ共同訴訟ノ場合ヲ以テ必要の共同訴訟ト稱セザリシノミナラス第五十條ノ特例ハ單ニ權利關係カ合一ニノミ確定スヘキ場合ニ限レリ故ニ主參加執行參加等ノ場合ニ於テモ其法律關係カ合一ニノミ確定スル場合アリトセハ其場合ヲ除キ第五十條ノ特別規定ニ依ルヘカラサルコト勿論ナリトス如何トナレハ主參加等ノ場合ニ於テハ主參加原告ト本訴訟ノ原告トノ關係ハ主參加原告ト本訴訟ノ被告トノ



關係ト常ニ同一ナリト謂フヲ得スシテ主參加原告ハ本訴訟ノ原告ニ對シ妨害ヲ爲スヘカラストノ確認判決ヲ求メ本訴訟ノ被告ニ對シテハ引渡ヲ爲スヘシトノ行爲ヲ求ムルヲ得レハナリ由是觀之我民事訴訟法ヲ解スルニ當リ主參加等ノ場合即チ獨逸民事訴訟法ニ所謂總テノ必要的共同訴訟ノ場合ニ於テ第五十條ノ特別規定ヲ適用スヘシト爲スハ誤ナリトス又主參加等ノ如キ共同訴訟ノ場合ニ於テハ必要的共同ノ抗辯ヲ爲シ得ルモノト爲スモ亦誤ナリト知ルヘキナリ

此ノ如ク形式上ノ共同訴訟權利關係カ合一ニノミ確定スル場合ニアラスシテ獨逸訴訟法ニ於テ所謂必要的共同訴訟ノ場合即チ主參加執行參加等ノ場合ヲ假稱スル場合ニ於テ民事訴訟法第五十條ノ規定ヲ適用スヘキモノニアラストスル以上ハ其共同訴訟人ノ一人カ期日又ハ期間ヲ懈怠シタルトキハ懈怠セサル者ニ代理ヲ委任シタリト看做スヲ得ス又總テノ共同訴訟人カ出廷シテ各自ニ攻撃防禦ノ方法ヲ施用スルトキハ其行爲ハ他ノ共同訴訟人ニ利害ノ關係ヲ及ボササルモノナリ然レトモ相手方ノ主張ニ對シ共同訴訟人ノ陳述互ニ相抵

觸スルトキ例ヘハ共同訴訟人ノ一人カ爭ヒ又ハ認諾スルニ拘ラス他ノ共同訴訟人ニ於テ爭ハス若クハ認諾セサル場合ニ於テハ民事訴訟法第五十條ノ規定ニ依ルヲ得スシテ裁判所ハ民事訴訟法第二百十七條ニ依リ辯論ノ全旨趣及ヒ證據調ノ結果ヲ斟酌シテ自由ナル心證ニ依リテ其實實ノ判定ヲ爲スヘキモノトス

形式上ノ共同訴訟ノ場合ニ於テモ必要的共同ノ抗辯ヲ爲スヲ得ストモ主參加加入ニ於テ本訴訟ノ當事者ノ一人ニ對シ主參加訴訟ヲ起シタル場合ニ於テハ裁判所ハ如何ナル裁判ヲ爲スヘキヤ曰ク此場合ニ於テハ裁判所ハ其訴ヲ以テ主參加ノ訴ニアラストシテ管轄違等ノ理由ニ依リ之ヲ却下スルヲ得サルモノナリ何トナレハ其訴タルヤ他人間ニ權利拘束ヲ爲リタル訴訟ノ目的物ヲ自己ノ爲メニ請求スルコトハ毫モ疑ヲ存セサル所ニシテ單ニ其訴訟ノ方法ノ完全ナラサルモノナレハナリ故ニ裁判所ハ其訴訟ノ本案ニ付キ判決ヲ爲スヘキモノトス而シテ其結果實體法上ノ理由ニ依リ主參加人ハ本訴訟ノ當事者ノ一人ノミニ對シ其請求ヲ爲スハ正當ナラスト認ムルトキハ其請求ヲ棄却スヘキモ

ノニシテ決シテ不適法トシテ訴ノ却下ヲ爲スヘキモノニアラサルヲ信ス

### 第五節 當事者ノ變更

凡ソ訴訟ハ提起ノ時ニ於ケル當事者間ニ終始スルヲ原則トス然レトモ或場合ニ於テハ訴訟進行中當事者ノ一方ニ代リ第三者其位置ニ立ツコトアリ此ノ如ク訴訟進行中當事者ニ變更ヲ來ス場合三アリ(一)當事者ノ死亡ニ因リ其相続人ニ於テ訴訟ノ受繼ヲ爲ス場合(二)指名參加ノ場合(三)從參加ニ因リテ生スル場合はナリ

#### 第一 死亡ニ因リ生スル當事者ノ變更

此場合ニ於テハ當事者ノ變更ハ實體法上ノ規定ヨリ生スル當然ノ結果ニシテ其變更ハ寧ロ形式上ニ止マリ實體法上ヨリ觀察スルトキハ當事者ニ變更ナキト一般ニ歸スルモノナリ但シ詳細ニ付テハ訴訟手續ノ中斷ノ場合ニ於テ之カ説明ヲ爲スヘキヲ以テ茲ニ之ヲ贅セス

#### 第二 指名參加ニ因リ生スル當事者ノ變更(Nominatīe Auctoris)

民事訴訟法第六十二條ニ曰ク第三者ノ名ヲ以テ物ヲ占有スルコトヲ主張スル

者其物ノ占有者トシテ被告ト爲リタルトキハ本案ノ辯論前第三者ヲ指名シ之ニ陳述ヲ爲サシムル爲メ其呼出ヲ求ムルトキハ第三者ノ陳述ヲ爲シ又ハ之ヲ爲ス可キ期日マテ本案ノ辯論ヲ拒ムコトヲ得ト由是觀之被告ニ於テ第三者ヲ指名シテ之カ呼出ヲ求ムルニハ左ノ條件ヲ要ス

(イ) 被告ハ動産若シハ不動産ノ占有者トシテ訴ヲ受ケタルコト 換言セハ其訴タルヤ所有權抵當權質權其他ノ物權若シハ債權ニ基キ物ヲ占有スル被告ニ對シ其物ノ引渡ヲ求ムルヲ謂フ

(ロ) 被告ハ第三者ノ名ヲ以テ物ヲ占有シ居ルコト 即チ受寄者トシテ物ノ占有ヲ爲スト地上權者永小作權者留置權者質取債權者トシテ物ノ占有ヲ爲ストヲ問ハス凡テ第三者ノ名ニ於テ占有スル者ナラサルヘカラス若シ其占有者ニシテ自己ノ物トシテ占有ヲ爲ス者ニ對スルトキハ所謂第三者ノ名ヲ以テ物ノ占有ヲ爲ス者ニアラサルカ故ニ指名參加ノ場合ニ適セサルモノナリ

(ハ) 訴訟ノ權利拘束ト爲リタル後ナルモ未タ本案ニ付キ辯論ノ始マラサル前ナルコト

右ノ三條件ヲ具備スルトキハ被告ハ第三者即チ其名ヲ以テ占有スル第三者ヲ指名シ之ヲシテ陳述ヲ爲サシムル爲メ其呼出ヲ裁判所ニ求ムルヲ得ルモノナリ而シテ其指名ノ目的タルハ第三者ヲシテ自己ニ代リ訴訟ヲ引受クシムルニ在リ故ニ被告ニ於テハ第三者カ陳述ヲ爲シ若クハ陳述ヲ爲スヘキ期日ノ終ニ至ルマテ本案ニ付テノ辯論ヲ拒ムヲ得ルモノナリ(民訴第六二條第一項)

第三者ニ於テ其陳述ヲ爲スヘキ期日ノ前若クハ其期日ニ於テ被告ノ主張ヲ爭フトキ即チ被告ハ第三者ノ名ヲ以テ物ノ占有ヲ爲ストノ主張ヲ爭フトキ若クハ何等ノ陳述ヲ爲ササルトキハ被告ハ原告ノ請求ニ應シ其占有物ヲ引渡ステ得ルモノナリ換言セハ其占有物ヲ原告ニ引渡スモ被告ハ第三者ニ對シ何等ノ責任ヲ有セサルモノナリ然レトモ第三者ハ原告ニ對シ更ニ別箇ノ訴ニ於テ其物ノ引渡ヲ求ムルノ權ハ之ニ依リテ妨ケラルルコトナキモノナリ

之ニ反シテ第三者ニ於テ正當ノ時期ニ於テ被告ノ主張ヲ正當ナリト陳述スルトキハ第三者ハ被告ノ承諾ヲ得テ其訴訟ヲ引受クルヲ得ルモノナリ尤モ第三者ハ此場合ニ於テ訴訟ヲ引受クルノ義務ナキモノナルカ故ニ引受ヲ爲スト否

トハ全ク第三者ノ自由ニ存スルモノナリ而シテ第三者ニ於テ訴訟ノ引受ヲ爲ササルトキト雖モ之ニ依リテ被告ハ原告ノ請求ニ應スルノ義務ヲ有スルニアラステ被告ハ實體法上ノ法律關係ヲ鑑ミ或ハ其請求ニ應シ或ハ之ヲ爭ヒ以テ訴訟ヲ繼續スルヲ得ルモノナリ而シテ後ノ場合ニ於テハ第三者ハ全ク從參加人ノ地位ヲ有スルニ至ルモノナルカ故ニ其判決ニ付テハ第五十五條ノ規定ニ依ルヘキモノトス

之ニ反シテ第三者ニ於テ訴訟ノ引受ヲ爲サントスルニハ先ツ被告ノ承諾ヲ得サルヘカラス而シテ被告ニ於テハ必スシモ其承諾ヲ與フルノ義務ヲ有スト謂フヲ得サルヲ以テ被告カ之ヲ承諾セサルトキハ前項ト同一ノ結果ニ歸スルモノナリ然レトモ被告ニ於テ之ヲ承諾スルトキハ普通ノ場合ニ於テハ第三者ハ被告ニ代リ其訴訟ヲ引受ク直チニ當事者ノ地位ニ立ツモノナリ然レトモ第三者ニ於テ被告ニ代ラントスルニハ或場合ニ於テハ原告ノ承諾ヲモ要スルコトアリ即チ原告カ被告ニ對シ單ニ占有者ノ資格ニ對スル請求ノミナラス其被告自身ニ對スル請求ヲモ併セテ之ヲ爲シタルトキ例ヘハ物ノ引渡ヲ求メ併セテ

被告ニ對シ其占有ヨリ生スル損害賠償ノ請求ヲ爲シタル場合ノ如キ是ナリ此ノ如キ場合ニ於テハ其損害賠償ノ請求ニ付テハ第三者ハ原告ノ承諾ヲ得ルニアラサレハ其訴訟ヲ引受クルヲ得サルモノナリ故ニ原告ノ承諾ヲ得テ其請求ニ付テハ訴訟ヲモ引受ケタルトキハ第三者ハ其請求ニ付テモ亦當事者ト爲ルモノナリ

此ノ如ク第三者ニ於テ訴訟ノ引受ヲ爲シタルトキハ被告ハ其訴訟ヨリ脱退セシコトノ申立ヲ爲スヲ得ルモノナリ此場合ニ於テハ裁判所ハ第三者ノ呼出シカ正當ナルヤ否ヤ及ヒ第三者ノ訴訟ノ引受カ正當ナルヤ否ヤヲ調査シ此等ノ點ノ正當ナルトキハ判決ヲ以テ被告ヲ其訴訟ヨリ脱退セシムルモノトス但シ其被告ヲシテ脱退セシムルニハ判決ヲ以テスヘキヤ又ハ決定ヲ以テスヘキヤニ付テハ多少疑ヲ免レサル所ナルモ其裁判タルヤ當事者ノ口頭辨論ヲ經テ之ヲ爲スヘキモノニシテ且ツ之ニ依リテ被告ハ其訴訟ノ關係ヲ絶ツニ至ルモノナルヲ以テ判決ヲ以テスルヲ適當ナリトス而シテ其判決タルヤ被告ヲ脱退セシムルモノハ終局判決ニシテ申立ヲ棄却スルトキハ中間判決ナリ然レトモ其

物ニ付テノ判決ハ脱退シタル被告ニ對シテモ其效力ヲ有シ且ツ之ヲ執行スルヲ得ルモノナリ而シテ脱退シタル被告ニ對シ右ノ判決ヲ執行スルニハ如何ナル方法ニ依リ之ヲ執行スヘキヤ即チ特ニ被告ニ對スル執行文ヲ得テ之ヲ執行スヘキモノナルヤ否ヤニ付テハ大ニ疑ノ存スル所ナリ獨逸ノ訴訟法學者間ニ於テモ二説アリ予ハ特別ノ執行文ヲ要セスシテ之ヲ執行スルヲ得ルモノナリト信ス但シ其詳細ニ付テハ執行ノ部ニ於テ之カ説明ヲ爲サント欲スルヲ以テ敢テ茲ニ贅言セス

### 第三 從參加ニ因リ生スル當事者ノ變更

從參加ノ場合ニ於テ從參加人カ當事者ノ雙方ノ承諾ヲ得ルトキハ附隨シタル原告若クハ被告ハ代リ訴訟ノ引受ヲ爲スヲ得ルモノナリ民訴五八條此場合ニ於テハ附隨セラレタル原告若クハ被告ハ其訴訟ヨリ脱退セシコトヲ求ムルヲ得ルモノナリ而シテ其中立ニ付テハ裁判所ハ判決ヲ以テ原告若クハ被告ヲ其訴訟ヨリ脱退セシムヘシトノ明文アリ故ニ其判決ニ依リ原告若クハ被告カ脱退シタルトキハ之ニ因リテ當事者ノ變更ヲ生スルモノナリ

此場合ニ於テハ本案ニ付テノ裁判ハ脱退シタル者ニ對シテハ何等ノ效力ヲ有セサルモノナリ即チ脱退シタル原告若クハ被告ハ全ク本案訴訟ニ無關係ノモノナリトス  
此ノ如ク從參加ノ場合ニ於テ附隨シタル原告若クハ被告ニ代リ訴訟ヲ引受テ許スハ全ク契約ヲ以テ當事者ノ變更ヲ爲スト同一ニシテ立法上此ノ如キ規定ヲ爲スノ必要ヲ見サルモノナリ

### 第六節 訴訟代理人及ヒ補佐人

凡ソ權利ヲ有スル者ハ之ヲ保護スルノ權利ヲ有セサルヘカラサルハ論ヲ違タスシテ明カナリ己ニ自衛ノ權利ヲ有スル以上ハ其自衛ニ必要ナル方法ハ自由ニ之ヲ選擇スルヲ得サルヘカラス故ニ訴訟ヲ爲スニ當リテモ亦自ラ行爲ヲ爲シ若クハ他人ヲシテ自己ニ代リ其行爲ヲ爲サシムルヲ得ルモノナルコトモ亦明カナリ何トナレハ訴訟目的物ノ性質タルヤ全ク當事者ノ利害ニ關スルモノナレハナリ之ニ反シテ刑事ニ在リテハ却テ本人自ラ訴訟ヲ爲スヲ原則トス是レ其性質公益ニ關スルモノニシテ眞實ヲ求ムルノ方法トシテ必要ナルカ故ニ

シテ民事ニ於ケルト全ク訴訟目的物ノ性質ヲ異ニスルニ基因スルモノナリ故ニ民事訴訟法ニ在リテハ法律上毫モ當事者自ラ訴訟ヲ爲スノ義務ヲ有セサルノミナラス獨逸並ニ佛國ノ訴訟法ニ依レハ或場合ニ於テバ却テ本人自ラ訴訟ヲ爲スヲ得スシテ辯護士及ハ代訟人ヲシテ之ヲ爲サシムサルヘカラサル旨ヲ規定セリ我民事訴訟法ニ於テハ敢テ辯護士訴訟ノ制ニ倣ハスト雖モ亦敢テ當事者本人ヲシテ自ラ訴訟ヲ爲スノ義務ヲ負ハシメサルモノナリ而シテ裁判所ニ於テ當事者本人ノ出頭ヲ命スルコトアルモ(民訴第一一四條)是レ唯本人出頭ヲ催告スルニ止マリ敢テ強制シテ出頭ヲ爲サシムモノニアラス故ニ當事者本人ノ出頭ヲ命シタル場合ニ於テモ敢テ當事者ヲシテ自ラ訴訟ヲ爲スノ義務ヲ負ハシムルモノナリト謂フヲ得ス  
訴訟代理人ノ行爲ハ本人ノ爲メ若クハ之ニ對シ其效力ヲ生スルモノニシテ代理人ノ爲メ毫モ其效力ヲ生スルモノニアラサルナリ故ニ代理人ノ行爲ハ本人ヲシテ權利ヲ得義務ヲ負ハシムルニ至ルモノニシテ代理人ハ其行爲ニ因リ直接ノ效果ヲ受クルモノニアラス換言セハ代理人ハ訴訟ノ行爲ノ主體ニシテ其

行為ヨリ生スル實體權ノ主體タルヲ得ルモノニアラサルナリ、主體ニシテ其訴訟代理權ハ本人ノ意思ニ基クモノト法律ニ基クモノト裁判ニ基クモノトノ別アリ故ニ本節ニ於テモ亦其三種ヲ區別シテ之ヲ説明ヲ爲スハシテ當ハ本人

### 第一款 法定代理人

法定代理人即チ民事訴訟法ニ所謂法律上代理人トハ訴訟代理人ト全ク同一ノモノニアラサルナリ換言セハ法定代理人トハ訴訟代理人ニ對スル所ノ名稱ナリトス蓋シ法定代理人トハ其代理權カ法律ノ規定ニ基クモノニシテ所謂法定代理ノ權原ハ法律ノ規定ナリトス之ニ反シテ訴訟代理人トハ當事者ノ意思ニ出ツルモノニシテ所謂訴訟代理ノ權原ハ當事者ノ意思ニ外ナラサルナリ故ニ法定代理人ト訴訟代理ノ區別ニ一ハ法律ノ規定上必要ナル所ノ代理ニシテ一ハ當事者ノ意思ニ出ツルモノナリト謂フヲ得サルナリ何トナレハ獨逸及ヒ佛國ノ如ク辯護士訴訟若クハ代理人訴訟ノ制ヲ設ケタル國ニ在リテモ其規定ニ基キ當事者ノ選定スル所ノ代理人ハ即チ法律上必要ナルカ故ナリ然レトモ之ヲ以テ法定代理人ト謂フヲ得サレハナリ故ニ法定代理人ヲ以テ法律ノ規定上要

スル所ノ代理人ナリト云フハ其當ヲ得タルモノト謂フヲ得ス  
法定代理人ニ二種アリ訴訟無能力者ノ法定代理人又ハ訴訟能力者ノ法定代理人是ナリ

訴訟無能力者ノ法定代理人トハ未成年者ノ父若クハ後見人法人ノ代表者等ノ如シ此等ノ代理ハ所謂必要的法定代理ニシテ其代理ニ依ルニアラレハ訴訟行意ヲ爲ス能ハサルモノナリ民事訴訟法ニ於テ法定代理人ト稱スルハ主トシテ其必要的法定代理人ヲ指稱スルモノナリ  
訴訟能力者ノ法定代理人トハ本人ニ於テ訴訟能力ヲ有スルニ拘ラス法律ノ規定ニ依リ生スル代理人ナリ例ヘハ破産管財人ハ財團ノ管理人トシテハ訴訟無能力者ノ代理人ナルモ債權者團體ノ代理人トシテハ即チ訴訟能力者ノ代理人ナリ又支配人ハ商法第三十條ノ規定ニ依リ主人ニ代リテ訴訟行爲ヲ爲スヲ得ルモノナリ又不在者ノ管理人ハ民法第二十七條第三項ニ依リ裁判所ノ命令アルトキハ不在者ノ財産ノ保存行爲ヲ爲スヲ得ルモノナリ而シテ其保存行爲中ニハ訴訟行爲ヲ包含スルモノナルヤ否ヤハ疑ノ存スル所ナルモ若シ其訴訟行

爲テ爲シ得ルモノトセハ是レ亦訴訟能力者ノ法定代理人ナリト謂ハサルヲ得  
ス此等ハ皆訴訟能力者ノ法定代理人ナリ  
法定代理人トシテ訴訟行爲ヲ爲スニハ其法定代理人タルノ資格ヲ證明セサル  
ヘカヲサルコト勿論ナリトス而シテ之ヲ證明スルニハ法定ノ代理權ヲ生スル  
事實關係ヲ要スヘキモノトス例ヘハ親權者トシテ訴訟行爲ヲ爲スニハ其親權  
者タルノ資格又後見人管財人トシテ訴訟行爲ヲ爲スニハ其資格ヲ證スヘキモ  
ノトス

此ノ如ク正當ノ資格ニ依リ代理權ヲ行フヤ否ヤハ裁判所ノ職務上ノ調査ニ屬  
スルモノナリ故ニ相手方ニ於テモ常ニ其代理權ノ欠缺ヲ抗辯スルヲ得ルモノ  
トス而シテ其調査ノ結果代理權ノ欠缺アリト認メタルトキハ裁判所ハ全ク當  
事者ノ代表セラレサルモノトシテ懈怠判決ヲ爲スヘキモノナリト雖モ尙ホ民  
事訴訟法第四十五條第二項ノ規定ニ依リ條件附ニテ一時訴訟ヲ爲サシムルヲ  
得ルハ勿論ナリトス

## 第一款 當事者ノ意思ニ因ル訴訟代理人

當事者ノ意思ニ因ル訴訟代理權ハ本人ノ一方ノ意思表示ニ因リ其效力ヲ生ス  
ルモノナルヤ又ハ本人ト代理人トノ契約ニ因リ其效力ヲ生スルモノナリヤニ  
付テハ獨逸訴訟法學者ノ說ナラス即チ「ザアハ」如キハ其代理權ヲ以テ本  
人一方ノ意思表示ニ因リテ其效力ヲ生スルモノニシテ代理人ノ承諾ヲ要スル  
モノニアラスト主張シ「ヘルマツ」如キハ訴訟代理權ハ契約ニ因リテ生スルモ  
ノナルコトヲ主張セリ此ノ如ク獨逸訴訟法ニ於テハ其點ニ付キ疑ヲ免レスト  
雖モ我民事訴訟法ニ於テハ訴訟代理權ハ委任即チ契約ニ因リテ生スルモノト  
規定シタルコトハ毫モ疑ヲ容ルヘキモノニアラサルヲ信ス而シテ民事訴訟法  
ハ第六十四條乃至第六十六條第六十八條及ヒ第六十九條等ニ於テ訴訟委任「ナ  
ル文詞ヲ用ヒアルヲ以テ觀レハ訴訟代理權ハ委任即チ契約ニ因リテ生スルモ  
ノナリト謂ハサルヲ得ス」民法第六四三條舊民法財産取得編第二二九條第二三  
三條第四項參照而シテ新民法第一百四條第一百七十三條ノ規定ニ依レハ代  
理ハ必スシモ契約ニ因ルモノニアラスト雖モ此規定アルヲ以テ民事訴訟法ニ  
所謂訴訟代理權モ亦契約ニ因ルモノニアラスト謂フヲ得サルコトハ論ヲ缺タ

スシテ明カナリトス故ニ我民事訴訟法ニ所謂訴訟代理權ハ契約ニ因リテ生スルモノナルコトヲ斷言スルヲ憚カラサルナリ(民訴第四三六條第五號參照) 訴訟代理ヲ爲スノ能力ハ總テノ訴訟能力者ニ存ス民訴第四三條故ニ有效ニ訴訟代理ノ契約ヲ爲シタル以上ハ訴訟能力者ハ有效ニ代理權ヲ行フヲ得ヘキモノナリ然レトモ民事訴訟法第六十三條ハ辯護士ヲ以テ訴訟代理人ト爲スヘキコトヲ原則トセリ唯區裁判所ニ在リテハ敢テ辯護士ノミヲ以テ訴訟代理ヲ爲サシムルコトト爲サスシテ親族若クハ雇人ニシテ訴訟能力ヲ有スル者ヲ以テ訴訟代理人ト爲スコトヲ許シタリ故ニ地方裁判所以上ノ裁判所ニ於テハ辯護士ノ在ルニ拘ラス他ノ訴訟能力者ヲ以テ訴訟代理人ト爲スカ又ハ區裁判所ニ於テ親族雇人以外ノ訴訟能力者ヲシテ訴訟代理人ト爲シタルトキハ其代理タルヤ全ク無効ニ歸スルモノナリ

訴訟代理人ヲ任スルハ本人ノ自由ノ權内ニ屬ス故ニ當事者ニ於テ必要ト認ムルトキハ數人ノ訴訟代理人ヲ任スルヲ得ルモノトス此場合ニ於テ其數人ノ代理人ハ法律上共同若クハ各別ニ訴訟行爲ヲ爲スタ得ルモノナリ故ニ縱令委任

者及ヒ受任者ノ間ニ於テ數人ノ代理人ハ共同シテノミ訴訟行爲ヲ爲シ得ルコトヲ特約シタル場合ニ在リテモ其契約ハ相手方ニ對シテ何等ノ効ナキモノナリ(民訴第六七條)

共同シテ訴訟ヲ爲ストハ數人ノ代理人カ同時ニ其行爲ヲ爲スタ謂フ例ヘハ訴狀ヲ呈出シ若クハ人證ノ申出ヲ爲シ其他書面ヲ以テ爲スヘキ行爲ニ付テハ數人ノ代理人カ其書面ニ連署スルカ如キハ全ク共同シテ其行爲ヲ爲スモノトス故ニ口頭辯論ノ際口頭ニテ申立ヲ爲ス場合ニ於テハ所謂共同シテ申立ヲ爲スタ得サルモノナリ何トナレハ申立ハ數人同時ニ之ヲ爲スタ得ザレハナリ故ニ數人ノ代理人ヲシテ常ニ共同シテ訴訟行爲ヲ爲サシムルコトハ到底行ハレ得ヘキモノニアラサルナリ是ヲ以テ一人ノ代理人ニ於テ爲シタル行爲モ當事者ニ對シテハ全ク其效力ヲ有スタ爲ササルヘカラサルナリ然ラハ則チ代理人ノ一人カ證據方法ノ申立ヲ爲シ他ノ一人カ之ヲ取消シタルトキハ如何此場合ニ於テハ其申立ハ全クナキモノト一般ニ歸ス何トナレハ其取消ハ當事者ノ爲メ有效ナルヲ以テナリ又一人ノ代理人カ自白ヲ爲シ他ノ代理人カ其反對ノ主張



ヲ爲スモ之カ取消ヲ爲ス正當ノ理由ヲ證セサル以上ハ其自白ハ有效ナリト謂ハサルヘカラス之ニ反シテ數人ノ代理人カ互ニ牴觸セル申立ヲ爲シタルトキハ恰モ當事者自身カ前後相牴觸セル申立ヲ爲シタルト一般ナルヲ以テ裁判所ハ民事訴訟法第二百十七條ノ規定ニ從ヒ之ヲ認定セサルヘカヲサルナリ但シ委任契約ニ於テ數人ノ代理人カ共同スルニアラサレハ訴訟行爲ヲ爲スヲ得サル旨ノ契約アルトキハ其契約ハ本人ト代理人トノ間ニ於テハ有效ナリトス故ニ代理人ニ於テ其約旨ニ背キ共同シテ訴訟行爲ヲ爲シ得ヘキ場合ニ於テ共同セシテ其行爲ヲ爲シタルトキハ本人ハ代理人ニ對シ賠償ヲ求ムルノ權利ヲ有スルモノナリ

代理權ノ範圍ハ本人ノ意思ニ因リ之ヲ定ムルヲ得ヘキモノトス故ニ本人ト代理人トノ關係ニ於テハ代理權ノ範圍ハ常ニ委任ノ旨趣ニ依リ之ヲ定メサルヘカヲサルナリ隨テ當事者ハ訴訟行爲全部ノ代理權ヲ付與シ若クハ各訴訟行爲ニ付キ各別ニ委任ヲ爲スヲ得ルモノナリ

然レトモ本人ト其相手方トノ關係ニ於テハ之カ區別ヲ爲ササルヘカラス即チ

辯護士ニアラサル者ヲ以テ代理人ト爲ストキハ本人ハ各訴訟行爲ニ付キ各別ニ代理權ヲ付與スルコトヲ得之ニ反シテ辯護士ヲ以テ代理人ト爲ストキハ法律上一定ノ範圍ヲ規定シアルカ故ニ各訴訟行爲ニ付キ相手方ニ對シ有效ニ代理權ヲ付與スルヲ得ス是以テ本人ニ於テ各訴訟行爲ニ付キ代理權ヲ與フルモ其制限タルヤ相手方ニ對シテハ全ク無効ニシテ單ニ本人ト代理人トノ間ニ於テノミ其效力ヲ有スルニ過キサルモノナリ(民事第六六條)

本人ト訴訟ノ相手方トノ關係ニ於テ法律上定メラレタル代理權ノ範圍ハ民事訴訟法第六十五條ニ於テ之ヲ規定シアリ即チ同條第二項ニ掲ケアル訴訟行爲ヲ除キ反訴主參加故障礙假處分及ヒ強制執行ニ因リ生スル總テノ訴訟行爲爲其他訴訟ニ關スル一切ノ行爲並ニ相手方ヨリ辨濟スル訴訟費用領收ノ權ハ法律上當然訴訟代理權内ニ包含スルモノナリ故ニ反訴主參加等ヲ爲シ若クハ之ニ對シ防禦方法ヲ施行スルコトヲ得ヘク又費用ノ辨濟ヲ受クルヲ得然レトモ訴訟物ノ辨濟ヲ受クルノ權利ヲ有セサルモノトス

之ニ反シテ控訴上告ヲ爲シ再審ヲ求メ代人ヲ任シ和解ヲ爲シ訴訟物ヲ拋棄シ

又ハ相手方ノ請求ヲ認諾スルニハ當事者本人ヨリノ特別ノ委任ヲ要スルモノナリ故ニ一般ノ訴訟代理權ヲ有スル者ニ於テ右等ノ行爲ヲ爲ストキハ縱令本人ト代理人トノ間ニ於テ右等ノ行爲ニ付キ代理權ヲ與フルノ意思アリシトスルモ訴訟ノ相手方ニ對シテハ全ク其效力ヲ有セサルモノナリ此ノ如ク正當ニ設定セラレタル訴訟代理人ハ前説明セル如キ權限ヲ有スルモノナルモ其之ヲ設定スルヤ否ヤハ實ニ本人ノ意思ニ因リ定マルモノトス故ニ代理人ニシテ正當ノ委任ヲ受クサリシトキハ其行爲ハ全ク無効ナルノミナラス之ニ對シ相手方ノ爲シタル行爲モ亦目ラ無効ニ歸スルモノナリ故ニ代理權ノ有無ハ法定代理權ノ欠缺有無ノ如ク妨訴抗辯ト爲スト得スト雖モ裁判所ハ職權ヲ以テ其代理權ヲ調査セサルヘカラサルナリ民訴第七〇條隨テ相手方ニ於テモ亦其代理權ノ證明ヲ求ムルヲ得ルモノナリ

代理權ハ裁判所ノ記錄ニ備フヘキ委任ノ書面ニ依リ之ヲ證明セサルヘカラス(民訴第六四條第一項)而シテ其書面タルヤ公正證書若クハ私署證書ヲ以テスルヲ得ルモノナリ蓋シ訴訟代理ノ委任ハ必ス書面ヲ以テ之ヲ爲スト要スト云フ

ニテラス故ニ口頭ヲ以テ代理ヲ委任スルモ敢テ妨ナシト雖モ其證明ニ付テハ書面ニ依ラサルヘカラサルナリ然レトモ口頭辯論ノ期日若クハ受命判事又ハ受託判事ノ面前ニ於テ口頭ヲ以テ代理ノ委任ヲ爲シ之ヲ調書ニ記載シタルトキハ其調書ハ委任ノ書面ト同一ノ效力ヲ有ス(民訴第六四條第三項)而シテ其調書タルヤ所謂公正證書ナリ而シテ又其書面力私署證書ナルトキハ相手方ノ求メニ因リ之ヲ認證セシメサルヘカラサルナリ即チ公證人若クハ相當官衙ノ認證ヲ得テ之ヲ提出セサルヘカラサルナリ

訴訟代理權ハ一般代理契約ノ消滅原因ニ由リテ消滅スルモノナリ即チ委任者ノ死亡訴訟能力及ヒ法定代理ノ變更委任ノ廢罷代理ノ謝絶代理ノ履行代理ノ不能及ヒ代理人ノ死亡是ナリ右ノ内代理ノ履行ハ代理權ノ消滅ニアラスシテ寧ロ代理權ノ終了ナリ又代理ノ不能ノ場合例ヘハ當事者本人間ニ於テ示談ヲ爲シ訴訟ノ終局ヲ告ケタルカ如キ場合ニ於テ代理權ノ消滅スルコト明カナリトス又代理人ノ死亡ノ場合ニ於テハ代理權ノ消滅スルモノナルコトモ亦自ラ明カナリトス

獨逸民事訴訟法第八十二條ニ依レハ委任者ノ死亡又ハ其訴訟能力若クハ法定代理ノ變更ハ代理權ヲ消滅セスト規定セリ之ニ反シテ我民事訴訟法第六十九條ニ於テハ明カニ代理權ノ消滅スル旨ヲ規定シアルノミナラス其消滅原因モ亦舊民法財産取得編第二百五十一條ト同一ニ爲シアルヲ以テ觀レハ我訴訟法ニ於テハ訴訟代理ヲ以テ委任契約ト爲シタルモノナルコト益々明カナリトス然レトモ代理權ノ消滅ハ直チニ訴訟ノ相手方ニ對シ其效力ヲ生スルモノニアラス代理ノ履行代理ノ不能及ヒ代理人ノ死亡ノ場合ヲ除ク而シテ其消滅ノ效力ハ之ヲ相手方ニ通知シタルトキニ於テ始メテ生スルモノナリ但シ其通知ハ當事者ヨリ之ヲ裁判所ニ提出シ而シテ裁判所ハ之ヲ相手方ニ送達スルモノトス民訴第六九條第二項故ニ其通知ハ一般ノ送達ノ規定ニ從ヒ之ヲ爲スヘキモノトス然レトモ代理人ノ附屬ニ因ル代理權ノ消滅ハ相手方ニ之ヲ通知シタル後ニ於テモ委任者カ他ノ代理人ヲ任スルカ又ハ自ラ訴訟行爲ヲ爲スカ其他自己ノ權利ノ防衛ヲ爲スニ至ルマテハ代理人ハ委任者ノ爲メ有效ニ訴訟行爲ヲ爲スヲ得ルモノナリ

代理權ノ欠缺アルトキハ委任者ノ爲メニハ代理人ナリト同一ナリトス故ニ裁判所ハ職權調査ノ結果其實事ヲ認メタルトキハ或ハ關席判決ヲ爲スニ至ルヘキモノナリ然レトモ裁判所ニ於テ其欠缺ノ補正ヲ爲シ得ルモノト認メタルトキハ費用及ヒ損害ニ對スル保證ヲ立テシメ若クハ之ヲ立テシメスシテ一時訴訟ヲ爲サシムルコトヲ得ルモノナリ此場合ニ於テハ裁判所ハ其欠缺補正ノ爲メ適當ト認ムル期間ヲ定メ之カ補正ヲ爲サシムヘキモノトス而シテ其期間中ハ判決ヲ爲スヲ得ス但シ欠缺ノ補正ヲ爲シタルトキハ此限ニ在ラス又其欠缺ハ必ス期間中ナルヲ要セスシテ口頭辯論ノ終結ニ至ルマテハ有效ニ補正スルヲ得ルモノナリ

適當ナル時期ニ補正ヲ爲ササルトキハ一時爲サシメタル所ノ訴訟行爲ハ固ヨリ無効ニ歸ス之ニ反シテ適當ナル時期ニ補正ヲ爲スカ又ハ委任者ニ於テ目ラ出願シテ口頭ヲ以テ訴訟行爲ノ委任ヲ追補スルトキハ一時爲サシメタル所ノ假ノ訴訟行爲ハ委任者ニ對シ其效力ヲ有スルモノナリ

### 第三款 裁判上ノ訴訟代理人

民事訴訟法編

裁判上ノ訴訟代理人トハ裁判長ノ命令ニ因リテ生スル所ノ特別代理人ヲ謂フ而シテ特別代理人ヲ設定スルヲ得ル場合ハ民事訴訟法第四十六條及ヒ第四十七條ノ規定スル所ナリ即チ訴訟無能力者相續人ノ未定ノ遺産又ハ不分明ナル相續人ニ對シ訴ヲ起スヘキ場合ニ於テ法定代理人ナク且ツ遲滞ノ爲メ危害ノ恐アルトキ及ヒ無能力者ニ對シ寓在地兵營地又ハ軍艦定繫所ノ裁判所ニ訴ヲ起ス場合ニ於テ其法定代理人カ其地ニ住セザルトキハ危害ノ恐ナシト雖モ特別代理人ヲ設定スルヲ得ルモノナリ其詳細ハ己ニ説明シタル所ノ如シ故ニ茲ニ之ヲ贅セズ

#### 第四款 輔佐人

輔佐人トハ口頭辯論ノ際若クハ受命判事又ハ受託判事ノ面前ニ於テ當事者本人其法定代理人又ハ訴訟代理人ヲ補助シテ其權利ノ伸張若クハ防衛ヲ爲ス者ヲ謂フ

民事訴訟法第七十一條ノ規定ニ依レハ輔佐人ハ單ニ當事者本人ヲ補助スルモノノ如クナルモ其訴訟代理人ノ如キモ亦輔佐人ト其ニ出頭スル能ハサルノ理

ナキモノナリ而シテ輔佐人ハ單ニ當事者ヲ補助スルモノナルカ故ニ之ニ代リ訴訟行為ヲ爲スヘキモノニアラサルナリ  
輔佐人ト爲ルニハ訴訟能力ヲ有スルヲ要ス而シテ訴訟能力者タル以上ハ何人タリトモ輔佐人タルヲ得ルモノナルカ故ニ辯護士モ亦輔佐人タルヲ得ルコト勿論ナリトス然レトモ辯護士ニアラサル者ヲ以テ輔佐人ト爲スニハ裁判所ノ許可ヲ受クサルヘカラス而シテ裁判所ニ於テ輔佐人ヲ不當ト認メタルトキハ之ヲ許ササルヲ得ルノミナラス裁判所ハ之ヲ許可シタル後ニ於テモ相當ノ演述ヲ爲スニ不當ト認メタルトキハ何時ニラモ其輔佐人ヲ退斥セシムルヲ得ルモノナリ(民訴第一二七條)加之裁判所ニ於テ輔佐人ハ辯論ヲ棄トスル者即チ三百代官ト稱スル者ナルコトヲ認ムルトキハ其理由ヲ以テモ亦之ヲ退斥セシメ更ニ辯護士ヲ以テ演述ヲ爲サシムヘキコトヲ命スルヲ得ルモノナリ輔佐人ノ演述ハ輔佐セラルル者ニ於テ即時ニ之ヲ取消スカ又ハ更正セザルトキハ本人自ラ演述シタルモノト看做ス(民訴第七一條第二項)故ニ其演述ハ當事者ニ對シ或ハ利益タリ或ハ不利益タルノ效果ヲ生スルモノトス

## 第七節

當事者相互ノ關係

凡ノ訴訟上請求スル事柄ニ付テハ實體法上當事者カ自由ニ處分スルヲ得ルモノト然ラサルモノトノ別アリ即チ請求ノ事物ニシテ單ニ當事者ノ利益ニ屬スルモノハ當事者ニ於テ自由ニ之ヲ處分スルヲ得ルモ若シ其事物ニシテ單ニ當事者ノ利益ノミニアラステ公益ニ關係ヲ有スルモノナルトキハ當事者ノ意思ノミニ因リ之ヲ左右スルヲ得サルモノトス例ヘハ婚姻其他身分ノ關係及ヒ禁治産等ニ付テハ當事者ニ於テ自由ニ之ヲ處分スルヲ得サルモノナリ此ノ如ク實體法上當事者ニ於テ自由ニ處分スルヲ得ル事物ニ付テハ當事者ハ訴訟行為上亦自由ニ之ヲ處分スルヲ得ルモノナリ之ニ反シテ實體法上當事者カ自由ニ處分スルヲ得サルモノハ訴訟行為上ニ於テモ亦自由ニ之ヲ處分スルヲ得サルモノナラサルヘカラサルナリ而シテ訴訟行為上處分ヲ爲スハ或ハ裁判上ノ認諾及ヒ拋棄ニ因リ或ハ裁判上ノ自白及ヒ取下ニ因リ之ヲ爲スヲ得ルモノナリ

## 第一項 認諾

認諾ニ二種アリ裁判外ノ認諾及ヒ裁判上ノ認諾是ナリ裁判外ノ認諾トハ實體法ノ規定ニ依リ其效力ヲ定ムヘキモノニシテ民事訴訟法ノ關スル所ニアラサルナリ之ニ反シテ裁判上ノ認諾ニ付テハ民事訴訟法ニ於テ規定スル所ナリ即チ本項ニ於テ説明セントスル所ノモノ是ナリ

裁判上ノ認諾トハ口頭辯論ノ際又ハ受命判事ノ面前ニ於テ被告カ原告ノ爲シタル請求ノ全部若クハ一部ヲ爭ハストノ申立ヲ爲スタ謂フモノナリ其裁判上ノ認諾ニ付テハ民事訴訟法第二百二十九條ニ於テ規定スル所ナリ然レトモ其規定タルヤ僅ニ口頭辯論ノ際被告カ原告ノ請求ノ全部又ハ一部ヲ認諾シタル場合ニ於テ原告カ認諾ニ基キ判決ヲ受クノコトノ申立ヲ爲シタル場合ニ關スルモノナリ而シテ該條ニ依レハ原告カ認諾ニ基キ判決ヲ受クノコトノ申立ヲ爲ストキハ裁判所ハ其認諾ニ基キ判決ヲ爲ササルヘカラサルモノニシテ其認諾ニシテ單ニ請求ノ一部ニ對スル場合ト雖モ裁判所ハ第二百二十六條第二項ノ規定ニ依ルヲ得サルモノナリ隨テ其一部ニ對シテモ常ニ判決ヲ爲サ

サルヘカヲサルモノナリ

三三

右ノ外民事訴訟法ニ於テハ認諾ニ關スル規定アルヲ見ス故ニ受命判事若クハ受託判事ノ面前ニ於テ爲シタル認諾又ハ防禦ノ方法トシテ提出シタル請求(相殺抗辯ノ類)ノ認諾又ハ認諾ニ基ク判決ヲ受ケンコトノ申立ナキ場合ニ於ケル認諾ノ效力等ニ付テハ多少疑ノ存スル所ナリトス而シテ此等ノ點ニ付キ法律ニ明文ナシト雖モ之ヲ以テ右等ノ場合ニ於ケル認諾ハ全ク訴訟法上ノ效力ヲ有セス即チ此等ノ認諾ハ單ニ其實體法上ノ效力ヲ有スルニ過キスト謂フヲ得ス何トナレハ其認諾タルヤ即チ訴訟行爲タルヲ免レサルモノナルヲ以テ其認諾モ亦訴訟法上ノ效力ヲ有スト謂ハサルヲ得サレハナリ故ニ其效力ニ付テハ民事訴訟法ノ規定ニ依リ之ヲ推考スルノ外ナキモノトス

民事訴訟法第二百二十九條ニ依レハ口頭辯論ノ際被告カ原告ノ請求ヲ認諾シタルトキハ裁判所ハ申立ニ因リ認諾ニ基キ敗訴ノ言渡ヲ爲スヘキモノナルコトヲ規定シアリ由是觀之口頭辯論ノ際被告カ原告ノ請求ヲ認諾スルトキハ其認諾ニ基キ裁判ヲ爲スニ充分ナルノミナラス裁判所ハ其認諾ニ基キ裁判ヲ爲

ササルヘカヲサルナリ然ラハ則チ請求ノ認諾アリタルトキハ其請求ハ全ク爭ナキモノニ歸着スト謂ハサルヲ得ス已ニ爭ナシトセハ其請求ノ當否即チ其權利ノ存否ニ付テハ裁判所ハ職權ヲ以テ之ヲ調査スルヲ得サルヤ勿論ナリトス故ニ已ニ其請求權ノ存立セサルコトニ付テハ十分ノ立證アル場合ニ於テモ被告カ請求ヲ認諾シタルトキハ其請求權ハ全ク存立スルモノト看做ササルヲ得ス隨テ認諾アリタル場合ニ於テハ裁判所ハ申立ニ因リ認諾者ニ對シ實體法上ヨリ生スル所ノ結果ヲ言渡ササルヲ得サルモノトス

右ノ理由ニ依リ之ヲ推考スルトキハ準備手續及ヒ和解ノ爲メ定メラレタル受命判事ノ面前ニ於テ爲シタル認諾モ亦右ト同一ノ效力ヲ有スト謂ハサルヘカラス何トナレハ受命判事ニ於テ準備手續ヲ爲スハ當事者ノ辯論ヲ開キ爭ニ係ル請求ト然ラサルモノト明確ニスルモノナルカ故ニ其手續タルヤ口頭辯論ノ一部ト看做スヘキヲ以テナリ之ニ反シテ單ニ證據調ノミノ爲メ指定シタル受託判事ハ證據調ノミヲ爲スノ職務ヲ有スルモノナルカ故ニ其面前ニ於テ當事者ノ一方ヨリ爲シタル認諾ハ所謂裁判上ノ認諾ニアラスシテ即チ裁判外ノ

認諾ナリトス隨テ其效力モ亦實體法上ノ規定ニ依リ之ヲ定メサルヘカラサルナリ  
又防禦ノ方法トシテ提出シタル請求ニ付キ認諾アリタルトキハ其抗辯ニ係ル請求ハ全ク成立シタルモノト看做ササルヲ得ス即チ裁判所ハ其抗辯トシテ提出シタル請求ノ存在スルモノトシテ裁判ヲ爲ササルヘカラス故ニ之ニ對スル所ノ本案ノ請求ハ爲メニ成立セサルニ至ルコトアルヘシ  
又請求ニ付キ認諾アリタル場合ニ於テ相手方ヨリ判決ヲ受ケゾコトノ申立ヲ爲ストキハ之ニ因リ判決ヲ爲スヘキモノナリト雖モ其申立ナキ場合ニ於テハ固ヨリ判決ヲ爲スヘキモノニアラス此場合ニ於テモ亦認諾シタル請求ハ争ナキニ歸シタルモノナリ已ニ争ナシトセハ判決ヲ下スヘキモノニアラサルナリ故ニ認諾ヲ爲シタル口頭辯論ノ終結ニ至ルマテ原告ニ於テ判決ヲ受ケゾコトノ申立ヲ爲ササルトキハ其辯論ノ終結ニ因リ訴訟ノ完結スルモノトス而シテ認諾ニ基キ強制執行ヲ爲スヲ得サルコト勿論ナルニ由リ原告ニ於テ強制執行ヲ爲サント欲セハ更ニ訴ヲ起シテ判決ヲ受ケサルヘカラサルナリ此場合ニ於テ

ハ先ノ認諾ハ即チ裁判外ノ認諾ト爲ルヲ以テ實體法ノ規定ニ依リ其效果ヲ適用スルノ外ナキモノナリ但シ認諾ニ基キ判決ヲ求メザリシ場合ニ於テ後日其認諾ニ基キ判決ヲ求メ得ルヤ否ヤニ付テハ異論ノ存スル所ナリ現ニ獨逸ノ學者間ニ於テモ多クハ法文上ノ解釋ヨリシテ後日ニ至リ判決ヲ求メ得ル旨ヲ主張スル者多シ予ハ其說ニ服セサル者ナリ

認諾ノ有效ナルニハ敢テ原告ノ受諾ヲ必要トセサルモノナリ然レトモ認諾ノ場合ニ於テハ法律上常ニ原告ノ受諾ヲ豫想シタルモノト謂フヘシ故ニ其受諾ハ毫モ認諾ノ效力ニ何等ノ影響ヲ及ホサスト謂フヲ得サルモノナリ例ヘハ原告ニ於テ被告ノ認諾ヲ利用スルヲ欲セサルニ由リ自ラ十分ノ立證ヲ爲シテ其權利ヲ證明セゾコトヲ主張シタル場合ニ於テハ原告ハ其立證ヲ爲スヲ得ヘカラサルノ理由ナキモノナリ然レトモ裁判所ハ其主張ニ羈束セラルルモノニアラス換言セハ裁判所ハ此場合ニ於テモ仍ホ認諾ヲ理由トシテ裁判ヲ爲スヲ得ルモノトス何トナレハ判決ヲ爲スニ熟シタルヤ否ヤハ實ニ裁判所ノ意見ニ依ルヘキモノナルカ故ニ裁判所ニ於テ其認諾ニ基キ原告ノ請求ヲ採用スルニ十

分ナリト認ムルトキハ之ニ依リテ判決ヲ爲スタ得ルモノナレハナリ故ニ原告ノ受諾ナキ場合ト雖モ認諾ノ效力ヲ害スルモノニアラサルナリ此ノ如ク認諾ハ一方ノ意思ノミニ因リ其效力ヲ有スルモノナリト雖モ其認諾ノ取消ハ一方ノ意思ノミニ因リ之ヲ爲スタ得サルモノナリ何トナレハ已ニ認諾ヲ爲シタル以上ハ之ニ依リテ相手方ハ權利ヲ有スルニ至リタルモノナレハナリ故ニ當事者ノ合意アルトキハ認諾ハ之ヲ取消スタ得ルモノナリ此場合ニ於テハ裁判所ハ認諾ヲ理由トシテ判決ヲ爲スタ得サルモノナリ又認諾カ錯誤ニ出テタル場合例ヘハ相手方ノ詐欺ニ因リ認諾ヲ爲シタルカ如キ場合ニ在リテハ相手方ノ合意ナキモ其認諾ヲ取消スタ得ルハ勿論ナリトス

## 第二項 拋棄

當事者ハ訴訟法上有スル所ノ自由ナル處分權内ニ於テ或ハ訴訟上主張シタル權利ヲ拋棄シ或ハ其權利ノ訴訟上ノ行使ヲ拋棄スルヲ得ルモノナリ而シテ權利自體ヲ拋棄スル場合ニ於テハ或ハ其全部ヲ拋棄シ或ハ其一部ヲ拋棄スルヲ得ルモノナリ又權利ノ訴訟上ノ行使ヲ拋棄スル場合ニ於テハ或ハ有償若クハ

無償ニテ之ヲ拋棄シ或ハ一定ノ時間之ヲ拋棄シ或ハ一定ノ裁判所ニ於テ權利ノ行使ヲ爲スタ拋棄シ或ハ他ノ方法ニ依リ其權利ノ行使ヲ爲サントト約シテ之ヲ拋棄スルヲ得ルモノナリ

之ヲ要スルニ權利ノ拋棄ト曰ヒ或ハ其行使ノ拋棄ト曰フモ其ニ訴ノ拋棄ニシテ權利ノ拋棄ノ場合ニ在リテハ訴訟ヲ拋棄シ併セテ之ニ對シ判決ヲ受クルコトヲ拋棄スルモノニシテ行使ノ拋棄ノ場合ニ在リテハ單ニ其判決ヲ受クルコトヲ拋棄スルニ過キササルナリ而シテ前者ハ訴訟法上之ヲ請求ノ拋棄ト曰ヒ後者ハ之ヲ訴ノ取下クト曰フ

本項ニ於テ説明スル所ノモノハ則テ請求ノ拋棄ニシテ訴ノ取下ハ次ノ第三項ニ於テ之ヲ説明スヘシ

請求ノ拋棄ニ二種アリ裁判所ノ拋棄及ヒ裁判上ノ拋棄是ナリ裁判外ノ拋棄ノ效力ハ裁判外ノ認諾ニ於クルカ如ク民事訴訟法ニ於テ規定スル所ナキヲ以テ實體法ノ規定ニ依リ之ヲ定メサルヘカラサルナリ故ニ原告カ裁判外ニ於テ請求權ヲ拋棄シタルニ拘ラス尙ホ訴訟上其權利ヲ主張シタル場合ニ於テハ被告



ハ抗辯トシテ原告ノ拋棄シタルコトヲ主張シ以テ請求ノ棄却ヲ求ムルヲ得ルモノナリ故ニ裁判外ノ拋棄ニ付テハ茲ニ説明スルヲ要セザルモノナリ之ニ反シテ裁判上ノ拋棄ハ則チ民事訴訟法ニ於テ規定スル所ナリ而シテ裁判上ニ於ケル請求ノ拋棄トハ原告カ其行使スル所ノ訴權即チ主張シタル請求ノ全部若クハ一部ヲ絕對ニ拋棄スルヲ謂フ

請求ノ拋棄ノ性質ハ認諾ノ性質ト同一ナリトス故ニ請求ノ拋棄ニ付テハ前第一項ニ於テ説明シタル所ト同一ナリトス故ニ拋棄ニ付テモ亦判決ヲ求ムルヲ得ルモノナリ又受命判事ノ面前ニ於テ請求ノ拋棄ヲ爲シタルトキハ之ニ依リテ請求ノ棄却ノ判決ヲ爲スヘキモノトス

### 第三項 訴ノ取下

訴ノ取下トハ原告カ提起シタル訴ニ付キ裁判所ノ裁判ヲ受ケル權利ヲ拋棄スルモノニシテ裁判外ト裁判上ノ別アリ

裁判外ノ訴ノ取下トハ裁判外ノ拋棄ト同一ニシテ其取下ノ效力ヲ生スルニハ常ニ當事者ノ契約ヲ要スルモノナリ此場合ニ於テハ相手方ハ其取下ヲ主張シ

テ抗辯ヲ爲ステ得ルニ過キサルモノナリ故ニ單ニ當事者間ニ於テ裁判外ニテ取下ノ契約ヲ爲シタルノミヲ以テ未タ訴訟法上ノ取下ノ效力ヲ生スルモノニアラサルナリ

民事訴訟法ニ於テ規定スル所ノ取下ハ即チ裁判上ノ取下ナリトス

裁判上ノ取下ハ書面ヲ以テスルカ又ハ口頭辯論ニ於テ口頭ノ申立ヲ以テ之ヲ爲スヘキモノトス而シテ口頭辯論ニ於テ取下ノ申立ヲ爲ストキハ其申立ハ職權上之ヲ調査ニ記載シテ明確ニスヘキモノトス但シ口頭辯論ニ於テ取下ノ申立ヲ爲シタルトキハ相手方ノ出席シタルトキト否トニ關セズ其效力ヲ有スルモノナリ又受命判事ノ面前ニ於テ口頭ヲ以テ取下ノ申立ヲ爲ストキハ之ヲ調査ニ記載シテ明確ニスヘキモノトス又原告カ書面ヲ以テ取下ヲ爲シタル場合ニ於テ裁判所カ已ニ相手方ニ訴狀ノ送達ヲ爲シタル後ナルトキハ取下ノ書面ハ裁判所ヨリ相手方ニ送達スヘキモノトス此點ニ付テハ獨逸ノ訴訟法ト裁判訴訟法トハ多少異ナル所アリ即チ獨逸訴訟法ニ於テハ取下ハ口頭辯論ニ於テ之ヲ爲ステ原則トシ書面ヲ以テ取下ヲ爲ストキハ之ヲ相手方ニ送達スヘキモノ

ト爲セリ然レトモ我訴訟法ニ於テハ訴ノ提起ハ訴狀ヲ相手方ニ送達スル前ニ於テ已ニ存スルモノナルカ故ニ民訴一九〇條參照原告ハ相手方ニ於テ訴狀ノ送達ヲ受クサル前ニ於テ訴ノ取下ヲ爲ス得ルモノナリ此場合ニ於テハ裁判所ハ敢テ其書面送達ヲ爲スヲ要セサルモノナリ然レトモ訴狀ノ送達アリタルトキハ取下ノ書面モ亦之ヲ相手方ニ送達セサルヘカラサルナリ

取下ハ常ニ原告ノ一方ニ於テ有效ニ之ヲ爲シ得ヘキモノニアラス即チ被告ニ於テ本案ノ辯論ヲ始ムルマテハ原告ハ被告ノ承認ヲ得スシテ有效ニ取下ヲ爲スヲ得ルモノナリ故ニ被告カ本案ニ付キ辯論ヲ始ムル前或ハ口頭ヲ以テシ或ハ書面ヲ裁判所ニ提出シテ取下ヲ爲シタルトキハ其取下ハ直チハ效力ヲ生スルモノトス之ニ反シテ被告カ本案ニ付キ辯論ヲ始メタルトキハ被告ノ承諾アルニアラサレハ取下ハ其效力ヲ有セサルナリ故ニ口頭ヲ以テスルトキハ被告カ承諾ヲ與ヘタルトキヲ以テ取下ノ效力ヲ生シ又書面ヲ以テスルトキハ之ヲ被告ニ送達シ被告ニ於テ承諾ノ書面ヲ提出スルカ又ハ次ノ口頭辯論ニ於テ被告カ承諾ヲ爲シタルトキヨリ其效力ヲ生スルモノナリ然レトモ民事訴訟法第

九十條ノ場合ニ於テハ原告カ裁判所ノ命ニ從ハサルノ謂トシテ判決ヲ以テ訴ノ取下ヲ宣言スルモノナリ此場合ニ於テハ其判決ノ確定ニ依リ取下ノ效力ヲ生ス又第百八十八條ノ場合ニ於テハ一箇年ノ經過ニ因リテ取下ノ效力ヲ生スルモノナリ

取下ハ何レノ時ニ至ルマテ之ヲ爲スヲ得ルヤ我訴訟法ニ於テハ毫モ疑ヲ存スヘキニアラス何トナレハ民事訴訟法第百九十八條ニ於テ口頭辯論ノ終結ニ至ルマテ取下ヲ爲スヲ得ル旨規定セルヲ以テナリ之ニ反シテ獨逸訴訟法ニ於テハ此點ニ關シ法律上明文ナシ故ニ學者間ニ於テ多少ノ異論ナキニアラスト雖モ多數ノ學者ハ判決ノ確定ニ至ルマテ取下ヲ爲シ得ルモノナルコトヲ主張セリ

取下ヲ爲シタル者ハ訴訟費用ヲ負擔スヘキモノトス又訴ノ取下アリタルトキハ時効ノ中断ヲ爲スモノニアラサルナリ民法第一四九條何トナレハ訴ノ取下ハ初ヨリ訴ノ提起ナキモノト同一ノ效力ヲ生スルモノナレハナリ然レトモ取下ノ效力ハ訴ノ提起ナキト同一ノ結果ヲ來サシムルモノナリ而シテ其效力

ハ既往ニ遡ルモノトス故ニ適法ニ提起セラレタル反訴ト雖モ適法ノ取下アリタルトキハ自ラ其效力ヲ失フモノトス但シ民事訴訟法第九十八條第四項ノ規定ニ依レハ適法ナル取下ハ權利拘束ノ總テノ效力ヲ消滅セシムルノ結果ヲ生ストアルヲ以テ取下ノアリタル場合ト雖モ起訴ノ效力ヲ失ハサルモノノ如シ然レトモ我訴訟法ニ依レハ辯論ノ期日ヲ定メテ當事者ヲ呼出スハ裁判長ノ職權ニ屬スルモノナルカ故ニ起訴ノ效力アリトスル以上ハ隨テ當事者ヲ呼出スヘキモノナルヲ以テ原告ハ再ヒ同一ノ訴ヲ他ノ裁判所ニ提起スル能ハサルニ至ルカ故ニ取下ノ效力ハ單ニ權利拘束ノ效力ノミナラス起訴ノ效力ヲモ亦共ニ消滅セシムルモノト解スヘキナリ

訴ノ取下ハ初ヨリ訴ノ提起ナキト同一ノ效果ヲ生スルモノナルカ故ニ裁判所ハ其取下ニ基キ判決ヲ爲ス能ハサルモノナルコト明カナルノミナラス原告ハ後日再ヒ同一ノ訴ヲ提起スルヲ得ルモノナルコトモ亦自ラ明瞭ナリトス

第四項 告白

告白ニ二種アリ裁判上ノ告白及ヒ裁判外ノ告白是ナリ

裁判上ノ告白トハ當事者ノ一方若クハ其代理人カ口頭辯論ニ於テ又ハ受命判事若クハ受託判事ノ面前ニ於テ相手方カ主張シタル事實ハ眞實ナリトノ申立ヲ爲スヲ謂フ換言セハ相手方ノ主張シタル事實ニ對シ相手方ニ立證ヲ求ムル訴訟上ノ權利ヲ拋棄スルヲ謂フ然ラハ則チ告白モ亦訴訟上ノ一ノ處分行為ニシテ單ニ或事實ヲ知了スルトノ意思表示ニアラサルナリ

由是觀之告白ハ認諾ト全ク其目的ヲ異ニスルモノナリ即チ認諾ニ於テハ提起セラレタル請求ニ對シ總テノ防禦方法ヲ拋棄スルモノナリ之ニ反シテ告白ハ相手方ノ主張シタル事實ノ立證ヲ求ムルノ權利ヲ拋棄スルモノナリ故ニ裁判上ノ告白アリタルトキハ裁判所ハ事實ノ認定ヲ爲スヘキモノニアラスシテ其實ハ裁判所ニ於テ之ヲ遵守スヘキモノトス隨テ自白ナルモノハ之ヲ證據ト謂フヲ得サルモノナリ

右説明シタル所ニ依レハ訴訟法上自白ト稱スルニハ相手方カ主張シタル事實ヲ爭ハストノ申立ヲ必要トス

此申立ハ事實ニ對セサルヘカラス即チ訴訟ノ目的タル請求ニ對スルトキハ之

ヲ自白ト謂フヲ得サルモノナリ而シテ其申立ニシテ事實ニ關スルモノナルトキハ單純ナル事實ナルト又ハ普通一般ニ會得シ得ル法律上ノ名稱ヲ付シタル事實關係ナルトヲ問ハス其申立ハ自白タルヲ妨クサルモノナリ然レトモ常ニ單純ナル權利關係ニ關セサルヲ要ス

右説明シタル如ク自白ハ證據方法ニアラス又事實ノ眞實ヲ證スルモノニアラサルナリ故ニ人事訴訟手續法第十條ニ於テモ民事訴訟法第一百一條第二項第三項及ヒ裁判上ノ自白ニ關スル法則ハ婚姻事件ニ之ヲ適用セサル旨ヲ規定シ本條ハ養子縁組事件親子關係事件禁治產事件等ニ準用スルコトト爲レリ(人事訴訟手續法第二六條第三九條第五九條由是觀之自白ハ眞實ヲ表示スルモノニアラスシテ當事者ノ訴訟法上ノ處分權ナルヲ知ルヘシ何トナレハ自白ヲシテ事實ノ眞實ヲ證スルモノナリトモハ婚姻事件養子縁組事件等ニ付テハ特ニ其眞實ヲ探知スルヲ必要トスルモノナルカ故ニ民事訴訟法第一百一條等ノ規定ヲ適用セサルノ理由ナキモノナリ然ルニ法律上右等ノ事件ニ關シ自白ノ規定ヲ適用セサルハ則チ自白ハ處分ノ一ニシテ人事ニ關スル權利關係ハ一箇人ニ

於テ自由ニ之ヲ處分スルヲ許ササルモノナルカ故ナリ(人事訴訟法第二六條)裁判上ノ自白ハ一定ノ訴訟ニ於テ當事者ノ一方カ其意思ノミヲ以テ爲ス處分行爲ナルヲ以テ左ノ結果ヲ生ス

第一訴訟能力ヲ有スル者ハ自己若クハ其訴訟代理人ヲ以テ自白ヲ爲ステ得又無能力者ニ在リテハ法定代理人ニサラアレハ之ヲ爲ステ得ス(人事訴訟法第二二條)第二自白ハ訴訟法上當事者ノ自由ナル處分權内ニ存スル事實ニ對スルニアラサレハ有效ニ之ヲ爲ステ得ス故ニ婚姻事件禁治產事件其他人ノ身分ニ關スル事實其他裁判所カ職權上調査スヘキ事實ニ付キ爲シタル自白ハ其效力ヲ有セ

第三自白ヲ爲ス者ノ知ラサル事實不實ナル事實及ヒ關係の不能ノ事實モ亦自白ノ目的物タルヲ得何トナレハ自白ハ立證ノ責任ヲ免除スルモノナルカ故ニ裁判所ニ於テモ亦其自白ノ事實ニ驅束セラルルモノナレハナリ然レトモ絕對不能ノ事實ハ之ヲ自白スルヲ得ス何トナレハ自白ハ相手方ヲシテ立證ノ責任ヲ免レシムルモノナルモ其事實タルヤ必ス立證シ得ヘキ性質ノモノナラサル

ヘカラス然ルニ絶對不能ノ事柄ニシテ立證シ得ヘカサルモノハ立證ノ責任ヲ免除スルコトモ亦之ヲ爲シ得ヘカサルモノナレハナリ

第四自白ヲ爲ス者ハ如何ナル事實ヲ自白スルヤヲ知ラサルヘカラス即チ自白スル事實ノ有無ヲ知ラサルモ如何ナル事實ヲ自白スルヤヲ知リテ自白スルニアラサレハ其效ナキモノナリ故ニ其自白セトスル事實ヲ誤リテ之ヲ自白タルトキハ如何ナル事實ヲ自白スルヤヲ知ラサルト一般ナルカ故ニ其自白ハ何等ノ效力ヲモ有セサルモノナリ

第五自白ハ自白シタル者及ヒ之ニ依リテ代表セラレタル當事者ヲ羈束ス故ニ權利關係カ合一ニノミ確定スルキ共同訴訟人ノ一人カ闕席シタル場合ニ於テ出頭シタル當事者ニ於テ自白ヲ爲ストキハ闕席者モ亦之ニ羈束セララルモノトス

## 第二欸 當事者ノ同等權

訴訟法上當事者ノ位置ハ常ニ同等ナルヲ原則トス即チ訴訟行爲ニ付テハ當事者ハ原告タルト被告タルトヲ問ハス同等ノ權利ヲ有スルモノトス故ニ(一)當事

者ハ原告タルト被告タルトヲ問ハス辯論ノ終結ニ至ルマテ攻撃防禦ノ方法ヲ提出スルノ權ヲ有ス(民訴第二〇九條)(二)辯論中生シタル中間ノ爭ニ付キ判決ヲ受クルノ權ハ當事者雙方ニ屬ス(民訴第二一一條)(三)法定代理人及ヒ訴訟代理人ニ關スル規定ハ當事者雙方ニ之ヲ適用スヘキモノトス(四)各當事者ハ事實上ノ主張ヲ證明シ又ハ之ヲ辯駁センカ爲メニ用ヒントスル證據方法ヲ申出テ且テ和手方カ申出テタル證據方法ニ付キ陳述ヲ爲スヘキ義務ヲ有ス(民訴第二一三條)(五)各當事者ハ判決ニ對シ上級審ヘ不服ヲ申立テ及ヒ命令決定ニ對シテハ抗告裁判所ニ抗告スルノ權利ヲ有ス其他明示若クハ默示ノ自白拋棄等ニ關スル規定ハ當事者ニ之ヲ適用スヘキモノトス

然レトモ當事者ノ權利ハ常ニ必ス同等ナリト謂フコト能ハサルモノニシテ或ハ當事者ノ位置ニ依リ自ラ各自ノ訴訟行爲上ニ差違ヲ生スルコトアリ或ハ訴訟法上特別ノ規定ニ依リ各當事者ヲシテ同等ノ權利若クハ義務ヲ有セシメサルコトアリ

當事者ノ位置ヨリ生スル差違ハ左ノ如シ

凡原告ト爲リテ訴ヲ提起スル者ハ訴訟上ニ於テ進ミテ請求ヲ爲スモノナリ而シテ其請求ヲ爲ス者ハ之カ立證ヲ爲スヘキモノナルコトハ道理上正當ナリトス加之訴訟上權利ヲ主張スル爲メ適法ノ方法ニ依ラサルヘカラサルナリ是ヲ以テ左ノ結果ヲ生ス

- 第一 原告ハ被告ヲ其裁判籍ニ訴ヘサルヘカラス (Actor sequitur forum)
  - 第二 原告ハ事實ノ主張ヲ爲ササルヘカラス之ニ反シテ被告ハ事實ノ主張ヲ爲サスシテ單ニ原告ノ主張シタル事實ヲ否認シ若クハ之ヲ爭フヲ以テ足ル故ニ被告ニ於テ原告ノ主張シタル事實ヲ認メサルカ若クハ之ヲ爭フトキハ原告ハ其主張ノ事實ヲ立證セサルヘカラス若シ其立證ヲ爲ス能ハサルトキハ被告ニ於テ自ラ主張シタル事實ノ立證ヲ爲ササル場合ニ於テモ仍ホ原告ニ對シ敗訴ノ裁判ヲ爲スヘキモノトス
- 訴訟法上ノ規定ヨリ生スル差違ハ左ノ如シ
- 第一 敗訴者ハ相手方ニ對シ訴訟ニ付キ相手方ニ生シタル費用ヲ賠償シ及ホ國庫ニ對シ裁判費用ヲ一人ニテ負擔スヘキモノトス(民訴第七二條以下)但シ敗

訟費用負擔ニ付テハ第二節第一款第五則ニ於テ之カ説明ヲ爲スヘシ

- 第二 外國人タル原告ハ被告ノ求ニ因リ訴訟費用ニ付テハ保證ヲ立テサルヘカラス但シ原告カ訴訟提起ノ前ヨリ已ニ外國人タリシト又ハ訴訟進行中ニ於テ內國人タルノ分限ヲ失ヒタルトト問ハサルナリ(民訴第八八條然レトモ此規定ニ對シテハ左ニ掲タル取除ノ場合アリ

(イ) 國際條約又ハ原告ノ屬スル國ノ法律ニ依リ同様ノ場合ニ於テ日本人カ保證ヲ立ツルノ義務ヲ有セサルトキ

(ロ) 外國人カ被告ト爲リテ反訴ヲ提起スルトキ

(ハ) 證書訴訟又ハ爲替訴訟ノ場合

(ニ) 公示催告ニ基キ起シタル訴ノ場合民訴第七六條以下

(ホ) 訴訟上ノ救助ヲ受ケタルトキ(民訴第九七條第二號)

右イ乃至ホニ至ル場合ニ於テ外國人ハ訴訟費用ノ保證ヲ立ツル義務ヲ免ルルモノナリ然レトモ右ノ場合ノ消滅シタルトキハ更ニ保證ヲ立ツルノ義務ヲ生ス被告カ原告ニ對シ訴訟費用ノ保證ヲ立テテコトノ請求ヲ爲シ而シテ裁判所ニ

於テ其請求ヲ正當ナリト認ムルトキハ裁判所ハ保證ノ數額ヲ定メ且テ保證ヲ立ツヘキ期間ヲ定メテ原告ニ保證ヲ立ツヘキコトヲ命スルモノトス然レモ保證ノ數額ハ裁判所ノ自由ナル意見ニ依リ之ヲ定ム(民訴第八九條第一項)然レトモ裁判所ハ其數額ヲ定ムルニ當リ被告カ各審級ニ於テ支出スヘキ訴訟費用ノ額ヲ標準トシテ之ヲ定ムヘキモノトス又訴訟進行中ニ於テ保證ノ不足ヲ生シタルトキハ原告ノ請求ニ因リ追加保證ヲ立テシムヘキモノトス但シ原告ノ請求中被告カ爭ハサル部分カ擔保ニ十分ナルトキハ此限ニ在ラス(民訴第八九條第二項)

保證ヲ立ツルニハ裁判所ノ意見ニ依リ擔保ニ十分ナリト認ムル現金又ハ有價證券ヲ供託所ニ供託スルモノトス但シ當事者ニ於テ保證ヲ立ツル方法ニ付キ特ニ契約ヲ爲スカ又ハ法律上裁判所ヲシテ自由ニ保證ヲ定ムルコトヲ得セシメタル場合ハ此限ニアラス(民訴第八七條)又ハ被告ノ申立ニ因リ裁判所ハ判決ヲ以テ訴ヲ取下タリト宣言ス若シ原告ニ於テ上訴ヲ爲シタル場合ナル

トキハ其上訴ヲ取下タリト宣言スルモノナリ(民訴第九〇條)然レトモ期間經過後ニ於テモ判決前ニ保證ヲ立テタルトキハ原告ハ其取下ノ判決ヲ免ルルヲ得ルモノナリ

第三 當事者一方ノ陳述ヲ聽キ裁判ヲ爲ス場合 凡ソ裁判ハ事件ノ真相ヲ得テ而シテ後之ヲ爲スヘキモノナルコトハ開明國ニ於ケル普通ノ原則ナリトス故ニ各當事者ハ裁判所ニ於テ陳述ヲ爲スノ權利ヲ有スルノミナラス裁判所ニ於テモ亦當事者雙方ノ陳述ヲ聽キ裁判ヲ爲スヘキモノトス但シ當事者雙方ノ陳述ヲ聽キ裁判ヲ爲ストハ必スシモ當事者雙方カ事實上ノ陳述ヲ爲スヲ謂フニアラスシテ當事者ヲシテ陳述ヲ爲スノ機會ヲ得セシムルヲ以テ足レリトス故ニ口頭辯論ヲ經テ裁判ヲ爲スニ當リテハ當事者ハ常ニ裁判所ニ於テ陳述ヲ爲スノ權利ヲ有スルノミナラス相手方ノ陳述ヲ聽キ自己ノ權利ノ充分ナル防衛ヲ爲スヲ得ルモノナルコトハ法律上特ニ其明文ヲ揭クスト雖モ各場合ニ於ケル規定上ヨリ生スル絕對無限ノ原則タルヲ知ルヘキナリ即チ民事訴訟法ニ於テハ左ノ規定アリ

- (一) 裁判長ハ期日ヲ定メ當事者ヲ呼出スコト(民訴第一六一條第一九三條第二五八條)
- (二) 裁判長ハ當事者ヲシテ事件ニ付キ十分ナル説明ヲ爲サシムヘキコト(民訴第一〇九條)
- (三) 當事者ハ申立ヲ爲シ並ニ事實上及ヒ法律上ノ訴訟關係ヲ演述スヘキコト(民訴第一一〇條)
- (四) 當事者ハ相手方ノ主張シタル事實ニ對シ陳述ヲ爲スヘキコト(民訴第一一一條)
- (五) 裁判長ハ當事者ヲシテ申立ヲ明カニシ主張シタル事實ノ證明ヲ補充シ證據方法ヲ申出テ其他事件ノ關係ヲ定ムルニ必要ナル陳述ヲ爲サシムヘキコト(民訴第一一二條)
- (六) 裁判所ハ當事者ヲシテ裁判ヲ知ラシムヘキコト(民訴第二三三條第二三四條第二四五條)
- (七) 攻撃及ヒ防禦ノ方法ハ口頭辯論ノ終結ニ至ルマテ之ヲ提出スルヲ得ル

コト(民訴第二〇九條)

此等ノ規定ハ總テ當事者雙方ヲシテ陳述ヲ爲サシメ且ツ之ニ依リテ各自ノ權利ヲ保護スル爲メ十分ノ方法ヲ施用スルヲ得セシメタルモノナリ  
然レトモ訴訟手續上或種ノ裁判ヲ爲スニ當リ裁判所ハ口頭辯論ヲ經スシテ其裁判ヲ爲シ得ル場合アリ即チ係争ノ請求ニ對シ終局裁判ヲ爲スニアラスシテ訴訟手續ノ指揮若クハ進行請求ノ執行ニ關スル保全已ニ確定判決ヲ經タル請求ノ執行又ハ訴訟ニ參與シタル第三者ト當事者若クハ裁判所間ノ争ニ關シテハ口頭辯論ヲ經スシテ裁判ヲ爲スヲ得ルモノナリ例ヘハ管轄裁判所指定ノ申請ニ對スル裁判(民訴第二八條)裁判官ニ對スル忌避ニ關スル裁判(民訴第三七條)第三八條特別代理人選任ノ申請ニ對スル裁判(民訴第四六條)費用額確定ノ裁判(民訴第八五條)假差押假處分ノ申請ニ對スル裁判等ノ如シ其他我訴訟法ニ於テ特ニ定メタル故障控訴上告又ハ再審ノ訴ノ適法ナルヤ否ヤニ付テノ裁判(民訴第二五七條)第四〇二條第四三九條第四七六條ノ如キモ亦口頭辯論ヲ經スシテ之ヲ爲スヲ得ルモノナリ



口頭辯論ヲ爲サシメシテ裁判ヲ爲ス場合ニ於テモ裁判所ハ適當ト認メタル場合ニ於テハ口頭辯論ヲ爲サシムルコトヲ得ル場合ト之ヲ爲サシムルコト能ハサル場合トノ別アリ

法律上口頭辯論ヲ爲サシムルト否トヲ裁判所ノ意見ニ委テタル場合ハ左ノ如シ

- (イ) 算轉裁判所指定ノ申請ニ對スル裁判(民訴第二八條)
- (ロ) 判事ノ忌避ノ申請ニ對スル裁判(民訴第三七條)
- (ハ) 裁判所書記法定代理人辯護士其他ノ代理人又ハ執達吏ヲシテ費用ノ負擔ヲ爲サシムル裁判(民訴第八三條)
- (ニ) 費用確定ノ裁判(民訴第八五條)
- (\*) 訴訟上救助ノ付與並ニ辯護士附添ニ付テノ申請訴訟上救助ノ取消及ヒ數額退拂ノ義務ニ付テノ裁判(民訴第一〇一條)
- (ヘ) 期日ノ變更又ハ期間ノ短縮若クハ伸張ニ付テノ申請ニ對スル裁判(民訴第一七一條)

- (ト) 訴訟手續中止ノ申請ニ對スル裁判(民訴第一八五條)
- (チ) 判決中ノ違算書損及ヒ此ニ類スル著シキ誤謬ノ更正ニ對スル裁判(民訴第二四一條)
- (リ) 外國ニ於テ送達ヲ爲スヘキ場合及ヒ公示送達ヲ爲スヘキ場合ニ於テ故障期間ヲ定ムル裁判(民訴第二五五條第四項)
- (ヰ) 證據保全ノ爲メ證人若クハ鑑定人ノ訊問又ハ檢證ノ申立ニ對スル裁判(民訴第三六八條)
- (ル) 抗告ニ付テノ裁判(民訴第四六二條)
- (ヲ) 原狀回復若クハ再審ヲ求ムルノ申立ヲ爲シ又ハ假執行ノ宣言ヲ付シタル判決ニ對シ故障若クハ上訴ヲ爲シタル場合ニ於テ保證ヲ立テシメ若クハ之ヲ立テシメシテ強制執行ヲ一時停止シ又ハ保證ヲ立テシメテ強制執行ヲ爲サシメ若クハ已ニ爲シタル強制處分ヲ取消サシムル裁判(民訴第五〇〇條第五一二條)
- (ヱ) 執行裁判所ノ裁判(民訴第五四三條)

- (カ) 強制執行ニ對シ異議ノ訴ヲ起シタル場合及ヒ執行參加ノ場合ニ於テ強制執行ノ停止續行又ハ執行處分ノ取消ヲ命スル裁判民訴第五四七條第二項第五四九條
- (コ) 第五百六十五條第一項ノ場合ニ於テ賣得金ノ供託ヲ命スル裁判民訴第五六五條第二項
- (ク) 第七百三十三條及ヒ第七百三十四條ノ規定ニ從ヒ爲ス裁判(民訴第七三五條)
- (ケ) 假差押ノ申請ニ付テノ裁判民訴第七四一條
- (コ) 執行シタル假差押取消ノ裁判民訴第七五四條
- (セ) 假處分ノ申請ニ對スル裁判(民訴第七五七條及ヒ係爭物ノ所在地ヲ管轄スル區裁判所カ假處分ヲ命シ又ハ之ヲ取消ス裁判(民訴第七六一條)
- (ソ) 公示催告ノ申立ニ對スル裁判民訴第七六五條
- 以上ノ場合ニ於テハ裁判所ハ口頭辯論ヲ經スシテ裁判ヲ爲シ得ルモノナルカ故ニ當事者雙方ノ陳述ヲ聽クノ要ナキモノナリ然レトモ裁判所ニ於テ必要ト

認メ口頭辯論ヲ爲サシムル場合ニ於テハ一般ノ原則ニ從ヒ當事者雙方ノ陳述ヲ聽クヲ要ス

之ニ反シテ民事訴訟法第四十條及ヒ第五百九十七條ノ場合ニ於テハ裁判所ハ常ニ口頭辯論ヲ經スシテ裁判ヲ爲スヘキモノナルカ故ニ當事者ヲシテ口頭辯論ヲ爲サシムルヲ得ス隨テ當事者一方ノ申立ノミニ依リ裁判ヲ爲スモノトス

### 第三款 誠實ニ訴訟ヲ爲スノ義務

凡ソ裁判ハ正當ノ權利者ヲ保護シテ其權利ヲ伸張セシメ又ハ之ヲ防衛セシムルヲ目的トスルモノニシテ權利者ニアラサル者ヲシテ權利ヲ有スルニ至ラシムルカ如キハ裁判ノ性質上其目的ニアラサルコトハ言テ悖タスシテ明カナリトス故ニ原告ト爲リテ攻撃方法ヲ提出シ若クハ被告ト爲リテ防禦ノ方法ヲ提出スルニ當リテモ亦誠意誠實ヲ以テスルニアラサレハ之ヲ許ササルモノトス蓋シ人事ノ錯雜ナルカ爲メ正當ノ權利ヲ有セサル者ヲシテ勝ヲ認延ニ得シムルカ如キハ實際上免レサル所ナリ然レトモ法律上其弊害ヲ避クルヲ力メタルコトハ訴訟法上ノ規定ニ依リ之ヲ知ルヲ得ヘキナリ今ヤ其二三ノ規定ヲ舉ク

レハ左ノ如シトシ、被告ハ爲メニ訴訟ノ遅延ヲ來シ且ツ被告ハ訴訟ヲ遅延セシメントスル故意又ハ重過失ニ因リ早ク之ヲ提出セザリシコトノ心證ヲ得タルトキハ原告ノ申立ニ因リ其防禦方法ヲ却下スルコトヲ得民訴第二一〇條第四二六條第二 證據決定ヲ爲シタル後民事訴訟法第三百四十二條及ヒ第三百四十六條ノ規定ニ從ヒ被告カ證書ノ申出ヲ爲シタル場合ニ於テ前項ト同一ノ條件存スルトキハ裁判所ハ原告ノ申立ニ因リ書證ノ申出ヲ却下スルコトヲ得民訴第三四七條

第三 假差押及ヒ強制執行ニ關シ裁判所ハ保證ヲ立テシメテ當事者ノ申立ヲ許スノ權利又ハ義務ヲ有ス(民訴第五〇〇條第五〇三條第五〇五條第五四七條第五四九條第七四一條第七四五條第七五六條第七五九條參照) 第四 或事實ニ基キ訴訟手續上ノ申請ヲ爲スニ當リ當事者ハ其主張ノ事實ヲ疏明セサルヘカラス(民訴第三五條第五七條第一七六條等)

第五 眞實ニ反キ公正證書ノ偽造若クハ變造ナルコトヲ主張シ又ハ私署證書ノ眞正ナルコトヲ爭フトキハ過料ノ言渡ヲ受ク(民訴第三五五條) 以上ノ規定ハ總テ誠實ニ背キ訴訟ヲ爲サントスル者ヲ豫防セントスルノ目的ニ出テタルモノナリ 右ノ外訴訟費用ノ負擔ノ義務訴訟費用ノ保證ノ義務及ヒ無益ナル攻撃防禦ノ方法ヲ主張シタル者ヲシテ本案ノ勝訴者タルニ拘ラス其費用ヲ負擔セシムルカ如キハ敢テ不誠實ニ訴訟ヲ爲シタル者ノミニ適用スヘキモノニアラスト雖モ此等ノ規定モ亦多少不誠實ニ訴訟ヲ爲サントスル者ヲ豫防スルニ足ルモノトス、自由、

### 第三章 當事者ト裁判所トノ關係

#### 第一節 當事者ノ行爲

凡ソ民事訴訟ナルモノハ私權ノ關係ニ過キサルモノナリ隨テ私權上ハ關係トシテハ毫モ國家ノ利害ニ關係ヲ及ホスヘキ性質ヲ有セスト謂ハサルヲ得ス故ニ民事訴訟ヲ起シ事實ノ陳述ヲ爲シ證據ヲ提出シ相手方ノ陳述及ヒ證據ニ對

シ抗辯ヲ爲シ其他訴訟法上許サレタル行爲ヲ爲スハ總テ當事者ノ自由權内ニ存スルモノニシテ裁判所ハ濫ニ其行爲ニ干渉スヘキモノニアサルナリ而シテ當事者ト裁判所ノ關係上當事者ノ重ナル行爲ヲ舉クレハ左ノ如シ

# 第一 訴ヲ起スコト

自己ノ權利ヲ伸縮シ若クハ之ヲ防禦スル爲メ訴ヲ起スヤ否ヤハ全ク權利者タル者ノ自由ノ權利ニ放任スヘキモノニシテ毫モ裁判所ノ干渉ヲ許ササルモノナリ不利益ナル裁判ヲ受ケタル當事者ニ於テ上訴方法ニ依リ其裁判ヲ攻擊スルヤ否ヤモ亦其當事者ノ自由ニ放任スヘキモノナリ故ニ訴訟法上或ハ懈怠ノ結果ヲ定メ或ハ公示催告ノ方法ヲ設ケ以テ失權ノ不利益ヲ受ケルニ至ラシムルコトアルモ是レ亦敢テ當事者ヲ強迫シテ訴訟行爲ヲ爲サシムルノ主意ニ出テタルモノニアラスシテ單ニ立法上訴訟手續ノ終局ヲ告グルニ至ラシムルノ方法トシテ規定シタルニ過キササルモノナリ何トナレハ訴訟法上失權ノ制裁ヲ設ケタル場合ニ於テモ自己ノ權利ヲ失フト否トハ全ク當事者ノ自由ノ意思ニ存スルモノナレハナリ

右ノ理由ニ據リテ之ヲ推考スルトキハ裁判ヲ受ケル爲メ相手方ヲ裁判所ニ召喚スルコトモ亦當事者ノ自由ノ意思ニ放任スヘキモノトス然レトモ我訴訟法ニ於テハ此點ニ關シ敢テ明文ヲ掲ケスト雖モ民事訴訟法第六十一條及ヒ第百九十三條等ノ規定ニ依レハ相手方ヲ裁判所ニ呼出スコトハ裁判長ノ職權ニ屬スルモノノ如シ即チ適法ナル訴アリタルトキハ法律上原告ヨリ被告ノ呼出ヲ求メタルモノト看做シ裁判長ノ職權ヲ以テ相手方ヲ呼出スモノトス然レトモ訴訟手續ヲ休止スルノ權利ハ常ニ當事者ニ存スルモノナリ故ニ民事訴訟法第百八十八條ニ於テ明カニ當事者ハ訴訟手續ノ休止ヲ合意スルヲ得ル旨ヲ規定シタル故ニ當事者ニ於テ訴訟手續休止ノ合意ヲ爲シタルトキハ裁判長ハ職權ヲ以テ呼出ヲ爲サ得サルヤ勿論ナリトス

訴訟手續ノ休止トハ單ニ當事者ノ合意ノ場合ノミニアラスシテ合意ノ有無ヲ問ハス口頭辯論ノ期日ニ當事者雙方カ出頭セサルカ又ハ出頭スルモ雙方共ニ辯論ヲ爲ササルトキニ於テモ亦其效力ヲ生スルモノトス(民訴第一八八條第二項第二五〇條等)右休止ノ場合ニ於テ再ヒ訴訟手續ノ續行ヲ爲サントスルトキ

ハ當事者ノ申立ヲ要スルモノナリ(民訴第一八八條第二項)故ニ此場合ニ於テハ裁判長ハ職權ヲ以テ當事者ヲ呼出スコトヲ得サルモノトス(八八條第二項)  
 第二 裁判ハ當事者ノ申立テタル事項ニ付テノミ之ヲ爲スヘキモノトス  
 裁判所ハ申立テタル事物ヲ當事者ニ歸スルノ權ナキモノナリ(民訴第二三一條)例ヘハ原告ハ元金ヲ求メ之カ利子ヲ求メサリシトキ若クハ債權ノ一部ノ返済ヲ求メ殘餘ノ返金ヲ求メサリシカ如キ場合ニ於テハ裁判所ハ原告ノ求メサリシ利子若クハ債權ノ一部マテヲモ職權ヲ以テ被告ヲシテ返済セシムルヲ得サルモノトス故ニ原告ニ於テハ其求メサリシ部分ハ別箇ノ訴ニ於テ更ニ之ヲ求ムルヲ得ルモノナリ  
 然レトモ訴訟費用ノ點ニ付テハ法律上取除ノ規定ヲ設ケタリ即チ當事者ニ於テ訴訟費用ヲ相手方ニ負擔セシメト申立ヲ爲サリシ場合ニ於テモ裁判所ハ法律ノ規定ニ從ヒ敗訴者ヲシテ訴訟費ヲ負擔セシムヘキモノトス  
 右説明シタルカ如ク裁判所ハ當事者ノ申立ニ付テノミ裁判ヲ爲シ得ルモノナルカ故ニ上訴審ニ於テ下級審ノ裁判ヲ上訴者ノ不利益ニ變更スルヲ得サルコ

トモ亦明カナリ故ニ上訴ノ相手ニ方於テ法律上許サレタル附帶控訴ノ方法ニ依リ下級審ノ裁判ヲ上訴者ノ不利益ニ變更セシコトノ申立ヲ爲ササル以上ハ上訴裁判所ハ職權ヲ以テ下級審ノ裁判ヲ上訴者ノ不利益ニ變更スルヲ得ス者シ之ヲ利益ニ變更スル能ハサルトキハ上訴ノ棄却ヲ爲スノ外ナキモノトス(民訴第四二五條第四五四條第七號)

第三 裁判所ノ認定ヲ受クノトスル事實ハ當事者ニ於テ之ヲ裁判所ニ知ラシメサルヘカラス

裁判所ニ於テ裁判ノ材料ト爲シ得ル事實ハ當事者ヨリ陳述シタル事實ニ限ルモノナリ故ニ縱令裁判所ノ知り得タル所ノ事實ト雖モ當事者カ法廷ニ於テ陳述セサルシモノハ裁判所ニ於テ取リテ以テ裁判ノ材料ニ供スルヲ得サルモノトス而シテ裁判所ヲシテ事實ヲ知ラシムルノ方法ハ口頭ノ陳述ニ依ラサルヘカラス故ニ書面ニ記載シタル事實ト雖モ口頭ニテ陳述セサル以上ハ之ヲ取リテ裁判ノ材料ト爲サザ得ス彼ノ記錄ニナキモノハ口頭ニモナシト金言ハ我訴訟法ニ於テ採用セザリシ所ノモノナリ故ニ總テ口頭ノ陳述ニ依ラサルヘカ

ラス然リ而シテ口頭ノ陳述トハ敢テ主張ノミニ限ラスシテ相手方ノ主張ニ對シ答辯ヲ爲シ若クハ之ト反對ノ立證ヲ爲シテ其實ヲ陳述シ以テ裁判所ヲシテ其實ヲ知ラシメサルヘカラサルナリ

事實ノ陳述ヲ爲スニハ書類ヲ援用スルヲ許ササルモノナリ然レトモ文字上ノ旨趣ヲ必要トスル場合ニ限り朗讀ヲ爲スヲ得ルモノトス(民訴第一一〇條第三項)

右ノ如ク口頭ノ陳述ヲ以テ裁判ノ基礎ト爲スノ主義ハ之ヲ辯論主義若クハ放任主義ト謂フ之ニ反シテ裁判所カ職權上裁判ノ材料ヲ求ムルヲ得ルモノハ之ヲ職權主義ト謂フ我訴訟法ニ於テ採用セラレタル主義ハ主トシテ放任主義ナリト雖モ或種ノ訴訟ニ付テハ特ニ職權主義ヲ適用セリ即チ單ニ當事者ノ私益ノミニ關係ヲ有スルモノニアラスシテ同時ニ公益ニ關係ヲ有スル訴訟ニ於テハ裁判所ハ職權上裁判ノ材料ヲ求ムルヲ得ルモノトス例ヘハ婚姻事件、養子縁組事件ノ如キ是ナリ此等ノ事件ニ付テハ裁判所ハ單ニ當事者ノ陳述シタル事實及ヒ當事者ノ自白若クハ認諾ニ驅束セラレサルノミナラス離婚ノ訴ノ如キ

ハ當事者ノ意思如何ニ拘ラス公益ヲ代表スル檢事ヨリ訴ヲ起シ又ハ檢事ハ起訴ノ權利ヲ有スル者ヨリ提起シタル訴ニ追行スルヲ得ルモノナリ然レトモ此等ノ場合ニ於テモ形式上ニ於テハ常ニ放任主義ニ類スルモノアリ換言セハ當事者ヲ呼出シテ雙方ノ陳述ヲ聽クヘキコトハ放任主義ニ於ケルト一般ナリトス

之ニ反シテ全ク辯論主義ノ形式ニ依ラサル場合ハ口頭辯論ヲ經スシテ裁判ヲ爲ストキ是ナリ即チ訴訟上ノ救助ノ申請、判事ノ忌避ノ申立、管轄裁判所ノ指定ノ申請等ニ付キ裁判ヲ爲ス場合其他強制執行假差押假處分督促手續、禁治產等ニ付キ裁判ヲ爲ス場合はナリ前第二章第二款參照然レトモ此場合ニ於テモ亦職權主義ノ貫徹スルモノニアラスシテ如何ナル點ニ付キ如何ナル程度ニ於テ職權主義ノ行ハルルモノナルヤハ各場合ニ依リ一定ナルモノニアラサルナリ口頭辯論ヲ要スル場合ニ於テモ當事者ハ書面ヲ以テ辯論ノ準備ヲ爲スヘカラスト云フニアラスシテ却テ書面ヲ以テ辯論ノ準備ヲ爲スヲ原則トス民訴第一〇四條第一〇七條然レトモ其準備書面ナキト雖モ之ニ依リテ實體權上ノ

不利益ヲ來スコトナレト云フニ違キサルモノナリ

## 第二節 裁判所ノ行爲

### 第一款 外形上ノ條件

裁判所カ當事者ニ對シ行爲ヲ爲スニ當リテハ必ス法律上規定シタル條件ニ從フニアラサレハ有效ニ其行爲ヲ爲スヲ得サルモノトス例ヘハ裁判所ノ構成裁判ヲ爲ス場所等ノ如キ總テ裁判所カ行爲ヲ爲スニ付テノ外形上ノ要素ナリトス本款ニ於テ説明スル所ハ即チ其外形ノ條件ニ關スルモノニシテ第二款以下ニ説明スル所ハ其行爲ノ實質ニ關スルモノナリ

### 第一項 裁判所ノ構成

裁判所ノ構成ニ付テハ裁判所構成法ニ於テ之カ規定ヲ爲セリ故ニ其構成ニ付テハ之ヲ構成法ニ譲リ茲ニ其詳細ヲ説明セスト雖モ今ヤ其大要ヲ舉タレハ左ノ如シ

裁判所ノ構成ハ裁判所ノ種類ニ依リ之ヲ異ニス即チ區裁判所ニ於テハ單獨判事裁判ヲ爲シ地方裁判所以上ノ裁判所ニ於テハ數人ノ判事ヲ以テ裁判ヲ爲ス

即チ地方裁判所ニ於テハ三人控訴院ニ於テハ五人大審院ニ於テハ七人ノ判事ヲ以テ裁判ヲ爲スモノトス

又裁判所ノ構成ニ付テハ書記モ亦其一部ヲ爲スモノトス（裁判第八條第九條、民訴第三三條參照）

合議裁判所ニ於テ訴訟ノ審理ヲ爲ス場合ニ於テハ數人ノ判事中ノ一人ハ其首位ヲ占ム之ヲ裁判長ト謂フ

裁判長ハ訴訟ニ關スル事務上ノ指揮ヲ爲シ及ヒ書記カ作ル調書ニ關シ注意ヲ爲スノ職務ヲ有ス

訴訟ニ關スル事務上ノ指揮トハ訴訟ノ裁判及ヒ辯論自體ニ影響ヲ及ホササルモノニシテ當事者ヲシテ訴訟ニ關スル事實ノ陳述ヲ爲サシメ且ツ法定ノ方式ニ從ヒ裁判所ヲシテ之ヲ知ルヲ得セシムルニ在リ例ヘハ辯論期日ヲ定メ辯論ヲ開閉シ外國ニ於テ送達ヲ爲ス場合ニ於テ囑託書ヲ發シ當事者ヲシテ十分ニ辯論ヲ爲サシメ法廷ノ秩序ヲ維持シ必要ナル場合ニ於テ續行期日ヲ定メ裁判ノ言渡ヲ爲シ受命判事ヲ命シ判事ノ合議ヲ指揮スル等總テ訴訟事件ニ關シ裁判

判長ニ屬スル事務上ノ指揮ナリ  
區裁判所ニ於テハ單獨判事ハ裁判長ト同一ノ職務ヲ有ス但シ單獨判事ハ合議制トニ由リテ生スル差異ハ此限ニ在ラス  
右ノ外裁判ノ評議及ヒ其採決ニ付テハ裁判所構成法第一百九條乃至第二百二十四條ノ規定ニ從フヘキモノトス

## 第二項 裁判ノ場所、時及ヒ用語

### 第一 裁判ノ場所

裁判所ノ行爲ハ裁判所内即チ行政上裁判ヲ爲ス處ト定メタル場所ニ於テ之ヲ爲スヲ原則トス然レトモ其場所ニ於テ爲ス能ハサル行爲即チ裁判所ニ提出スル能ハサル物ヲ裁判所自ラ實見スルノ必要アルトキ若クハ裁判所ニ出頭スルニ差支アル人ノ訊問其他裁判所内ニ於テ爲スコトヲ得サル行爲ヲ要スルトキニ限リ裁判所外ニ於テモ亦裁判所ノ行爲ヲ爲スヲ得ルモノナリ民訴第一六二條裁判所ハ當事者ニ對シ本人自ラ裁判所ニ出頭スルコトヲ命スルコトヲ得民訴第一一四條證人鑑定人ハ裁判所ノ命ニ依リ裁判所ニ出頭スルノ義務ヲ有ス

ルモノナリ故ニ正當ナル理由ナクシテ出頭セサル證人鑑定人ハ科料ノ言渡ヲ受クルモノナリ

之ニ反シテ皇族ハ證人タルトキト雖モ裁判所ニ出頭スルノ義務アルモノニアラス國務大臣ハ官廳所在地以外ニ在ル裁判所又國會議員ハ議會ノ開期間議院所在地以外ニ在ル裁判所ニ出頭スルノ義務ヲ有セサルモノナリ故ニ右皇族國務大臣國會議員ヲ證人トシテ裁判所自ラ訊問ヲ爲ス必要アル場合ニ於テハ裁判所以外ノ場所ニ於テ之カ訊問ヲ爲スノ必要ヲ生スルコトアルヲ知ルヘキナリ

### 第二 裁判ノ時

民事訴訟法上裁判所ハ何レノ時ニ於テ行爲ヲ爲スヲ得ルヤハ敢テ明文ナシ然レトモ裁判所カ其行爲ヲ爲シ得ヘカラサル時ニ付テハ訴訟法上之カ規定ヲ爲セリ今ヤ其大要ヲ掲クレハ左ノ如シ

一 裁判所ハ日曜日又ハ一般ノ祝祭日ニ於テ行爲ヲ爲スヲ得サルヲ原則トス但シ已ムヲ得サル場合ハ此限ニ在ラス(民訴第一六〇條)

二 晝中休暇中ハ行爲ヲ爲スヲ得ス故ニ裁判ヲ開クヲ得サルノミナラス裁判



ノ言渡ヲモ爲スヲ得サルモノトス然レトモ裁判長ノ純然タル事務上ノ指揮權ハ之ヲ行フヲ得ルモノトス例ハハ期日ヲ定メ外國ニ於テ送達ヲ爲ス爲メ其囑託書ヲ發スルカ如キ是ナリ  
右休暇中ニ於テハ裁判所構成法第二百二十八條ニ揭ケタル事件ニ限り之ヲ取扱フモノトス  
裁判所ノ休暇ハ裁判所構成法第二百二十七條ニ於テ之ヲ定メタリ即チ毎年七月十一日ニ始マリ九月十日ニ終ル

### 第三 裁判所ノ用語

裁判所ノ用語ハ日本國ナルコトハ裁判所構成法第十五條ノ規定スル所ナリ而シテ此ノ規定タルヤ單ニ口頭陳述ニノミ適用スヘキモノニアラスシテ書面上ノ陳述判決決定等ニモ亦之ヲ適用スルモノトス隨テ外國語ヲ以テ記載シタル書面ハ其效力ヲ有セサルモノトス  
日本國ニ通セサル者カ辯論ニ與ルトキハ裁判所ハ通事ヲ立會ハシムヘキモノトス然レトモ裁判官中ニ其外國語ヲ解スル者アル場合ニ於テ裁判長カ便利ト



明治三十三年七月廿九日印刷  
明治三十三年七月三十日發行

東京市西谷區四谷仲町三丁目六番地  
發行所 小田幹治郎  
東京市芝區西ノ久保明秀町十一番地  
印刷者 金子鐵五郎  
東京市芝區西ノ久保明秀町十一番地  
印刷所 金子活版所

發行所 司法省  
指定 **和佛法律學校**

所在 (東京市麴町區富士見  
町六丁目十六番地)  
電話 (番町百七十四番)

明治廿二年十二月九日內務省許可